

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

Causa N° 47-00-CC/2005 “Lemes, Mauro Ismael s/ infracción Art. 189 bis CP - Apelación”

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 17 días del mes de noviembre de dos mil cinco, se reúnen los integrantes de esta Sala I de la Cámara Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Dres. Marcelo Pablo Vázquez, Elizabeth A. Marum y José Sáez Capel, a fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por el Sr. cotitular de la Fiscalía en lo Contravencional y de Faltas n° 9, Dr. Gabriel Esteban Unrein y el cotitular de la Defensoría Oficial n° 4, Dr. Mariano Luis Bertelotti, contra la sentencia dictada por el titular del Juzgado en lo Contravencional y de Faltas n° 6, Dr. Gonzalo Segundo Rua, obrante a fs. 390/410 de este legajo, del que:

RESULTA:

1) Que a fs. 351/359 vta. y 370/380 vta. obra el acta de la audiencia de juicio oral y público contra Mauro Ismael Lemes, que se desarrolló los días 3, 9 y 11 de febrero de este año y en la que se imputó al nombrado ser autor penalmente responsable del delito de portación no autorizada de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis, inc. 2°, 3° párrafo, C. P.) con relación al hecho ocurrido el día 15 de agosto de 2004.

2) Que a fs. 390/410 obra la sentencia dictada por el Juez de Grado, en la que resuelve: **I) No hacer lugar** al planteo de nulidad de la detención del imputado Lemes, que fuera propugnado por la defensa; **II) Condenar** a Mauro Ismael Lemes, cuyas demás condiciones obran en autos, **a la pena de dos años y nueve meses de prisión**, accesorias legales y las costas del proceso, por hallarlo autor penalmente responsable del delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (arts. 29, inc. 3°, 45 y 189 bis (2), tercer párrafo del Código Penal, texto según ley 25.886 y 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación); **III) Condenar** a Mauro Ismael Lemes, a la pena única de **nueve años y un mes de prisión**, accesorias legales y las costas del proceso, comprensiva de la pena impuesta precedentemente y de la pena de siete años de prisión accesorias legales y costas, impuesta por el Tribunal Oral de Menores N° 1 de esta ciudad en las causas N° 1369 y 1435, el día 7 de junio de 2002, por ser autor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por su comisión en lugar poblado y en banda, robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa en concurso real con

robo agravado por el uso de armas, la que a su vez fuera comprensiva de la pena de seis años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas allí impuesta, y de la dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 14 de esta ciudad en la causa N° 1148 el día 5 de junio de 2001 en orden al delito de robo en grado de tentativa (arts. 12, 29, inc. 3°, 42, 44, 45, 55, 58, 164, 166, inc. 2° y 167, inc. 2° del Código Penal y 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación); **IV) Revocar la libertad condicional** concedida el 23 de junio de 2004 a Mauro Ismael Lemes por el Sr. Juez a cargo del Juzgado Nacional de Ejecución Penal N°2, Dr. Sergio Delgado, en el Legajo de Ejecución N° 6487 que corre por cuerda a la presente (art. 15 del Código Penal); **V) Declarar reincidente** a Mauro Ismael Lemes (art. 50 del Código Penal); **VI) Declarar la inconstitucionalidad** de la agravante prevista en el art. 189 bis (2), octavo párrafo del Código Penal (texto según ley 25.886), cuya aplicación al caso fuera solicitada por el Sr. Fiscal, Dr. Gabriel Unrein en su alegato acusatorio; **VII) Proceder al decomiso** del arma secuestrada en autos (art. 7 de la ley 25.938 y 23 del Código Penal); **VIII) Extraer testimonios** de las partes pertinentes de la presente causa y elevar los mismos, con oficio de estilo, a la Oficina de Sorteos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, a efectos de que se desinsacule el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción que deberá intervenir en la investigación de la posible comisión del delito de falso testimonio (art. 275 del Código Penal) por parte de Juan Ramón Rodríguez, Elisabeth del Carmén Gómez y Marcelo Cristian Ardiles, en calidad de autores, y de Elisa Beatriz Lemes en calidad de instigadora; **IX) No hacer lugar** a la extracción de testimonios contra el personal policial que prestara declaración testimonial en la presente audiencia de Debate, por el delito de falso testimonio (art. 275 del Código Penal), que fuera solicitado por la Defensa; **X) Regular los honorarios profesionales** del Dr. Rodolfo Alberto Rosillo -letrado defensor del imputado Lemes- en la suma de \$ 4000 (pesos cuatro mil) con más los aportes de ley, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1°, 6°, 8°, 18, 45 y 47 de la ley 21.839 (modificada por ley 24.432) y 62, 81 y 82 de la ley local 1181 y **XI) Ordenar** que oportunamente se practique por Secretaría el correspondiente cómputo de detención y vencimiento de la pena del condenado Lemes...”.

3) Que a fs. 413/421 vta. se incorpora el recurso de apelación incoado por el Sr. Fiscal de primera instancia contra la sentencia antes citada solicitando se revoque el punto VI de dicha resolución en cuanto declaró de oficio la declaración de la inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis, inc. 2°, octavo párrafo del Código Penal (texto según ley 25.886) y consecuentemente se modifique

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

el punto II de ese mismo resolutorio, en cuanto condena a Mauro Ismael Lemes a la pena mencionada supra, y se aplique la propiciada en la acusación formulada en el debate.

4) Que a fs. 424, consta escrito del imputado por el cual apela la sentencia de fs. 390/410, revoca el mandato de su defensor particular y solicita se le designe un defensor oficial.

5) Que a fs. 437/447 vta., se encuentra glosado el recurso de apelación interpuesto por el Dr. Mariano Luis Bertelotti, cotitular de la Defensoría Oficial n° 4, fundamentando el presentado por el imputado en forma “pauperis”, por el cual postula el rechazo del recurso interpuesto por el Fiscal, propugna la absolución de su defendido y formula reservas. Funda el rechazo del recurso fiscal basado en que el art. 61 LPC, según ley 1287, sólo lo habilita a recurrir en el caso de sentencia absolutoria, razón por la cual entiende que el recurso presentado por éste en autos no puede prosperar. Por otra parte, se agravia por considerar: **1)** nula la detención de Lemes, fundado en el apartado b) del inc. 1° del art. 61 LPC según ley 1287, por inobservancia de las normas procesales aplicables al caso, lo que conduce al dictado de un temperamento absolutorio respecto de su defendido; **2)** Subsidiariamente postula la falta de acreditación de la conducta delictiva atribuida a su asistido (art. 61, inc. 1°, apartado c) LPC) con el grado de certeza exigido para un pronunciamiento condenatorio. Así, sostiene que la sentencia resulta arbitraria en virtud de un inequívoco apartamiento de las constancias de la causa, debiendo aplicarse al caso el principio in dubio pro reo (art. 3 CPPN) derivado del principio de inocencia; **3)** En subsidio, se agravia por el elevado monto de la pena impuesta (art. 61 inc. 1°, apartado a), LPC). En este punto, alega que el Magistrado de Grado aplicó erróneamente las pautas previstas en los arts. 40 y 41 CPN, resultando la pena impuesta desproporcionada, según el encuadre jurídico asignado, con relación a la solicitada por el Sr. Fiscal; **4)** También en forma subsidiaria postula se revoque la declaración de reincidente de su asistido dada la inconstitucionalidad del instituto. Al respecto señala que la consecuencia más importante de la declaración de reincidencia es la imposibilidad de acceder a la libertad condicional (cf. art. 14 CP), pues la agravante del art. 41 y la accesoria del art. 52 *ibidem*, no se aplican al caso. Entiende que dicha declaración resulta una manifestación de “derecho penal de autor” y afecta el principio constitucional del *ne bis in idem*; **5)** En subsidio plantea la inaplicabilidad de la reincidencia al caso porque su asistido no cumplió en detención en calidad de condenado los dos tercios de la condena, entendiendo que

una aplicación correcta del art. 50 CP conduce a la conclusión de que sólo en el caso de que el condenado haya cumplido los dos tercios de su pena anterior en detención habilitará su declaración de reincidente, el Sr. Juez ha aplicado erróneamente tal disposición legal. Por último, hace reserva del recurso de inconstitucionalidad y del caso federal.

6) Que a fs. 458/459, obra el resolutorio del Juez *a quo* por el que rechaza la apelación fiscal (que motivó la queja que se alude con posterioridad). Por otra parte concede el recurso de apelación impetrado en forma “pauperis” por el imputado a fs. 424 y motivado por su letrado defensor a fs. 437/447 vta.

7) Que a fs. 469/474 vta., se incorpora el dictamen del señor Fiscal de Cámara en contestación al recurso de apelación interpuesto por la defensa, por el cual considera que no debe hacerse lugar a los agravios propuestos por esa parte. Asimismo, con relación al monto de la pena impuesta se remite al incidente de queja formado en estas actuaciones.

8) Que a fs. 476/477, obra la contestación de vista conferida a la defensa, quien mantiene los agravios y las reservas formuladas en su escrito de apelación.

9) Que a fs. 478 esta Sala suspende la tramitación de la apelación defensiva hasta la resolución del recurso de queja interpuesto por el Sr. Fiscal.

10) Que a fs. 531/542 vta., se agrega el recurso de queja interpuesto por el Dr. Gabriel Esteban Unrein contra el resolutorio dictado por el Juez de Grado a fs. 458/459, que rechazó el recurso de apelación fiscal, solicitando su revocación y en consecuencia la concesión del remedio procesal intentado, todo ello por entender que la sentencia de primera instancia le causa un gravamen irreparable al haberse declarado la inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis, octavo párrafo del Código Penal -texto según ley 25.886-, y como consecuencia de ello el imputado Lemes mereció una pena inferior al mínimo previsto por la figura invalidada, y equivalente a la mitad de la requerida. Por otra parte consideró que se encuentra habilitado para recurrir de conformidad con el artículo 61 de la Ley 12, por haberse declarado en primera instancia y de oficio la inconstitucionalidad de una ley dictada por el órgano legislativo federal y por entender que le cabe a ese Ministerio la misión de incitar la actividad jurisdiccional para la defensa de la legalidad, de los derechos personales y del interés público, haciéndolo en todos los casos en representación de la sociedad.

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

11) Que a fs. 548/556 vta. consta el dictamen del Fiscal de Cámara concluyendo que corresponde hacer lugar al recurso de queja interpuesto por el Dr. Unrein y en consecuencia habilitar el recurso de apelación denegado. De este modo sostiene que debe revocarse el punto VI de la sentencia en cuanto dispuso declarar de oficio la inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis, octavo párrafo del CP y consecuentemente modificar el punto II de la sentencia recurrida, imponiéndose al condenado una pena acorde con el reproche penal previsto por dicha norma y ajustada a la requerida por la acusación formulada en el debate. Entiende que el art. 61, inc. a) de la Ley 12 habilita el recurso fiscal en caso de inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, situación que se presenta en autos. Considera que existe un caso constitucional planteado por el Fiscal de Grado, y que la resolución impugnada le causa un gravamen actual e irreparable al Ministerio Público Fiscal, ya que el cumplimiento de esa decisión, además de generar un perjuicio al interés general en los términos del art. 125 CCABA y art. 1 de la ley 21, sería insusceptible de ser reparado ulteriormente y tendría un fundamento arbitrario y contrario a preceptos constitucionales. Estima que en la presente causa el Juez cercenó la vía impugnativa al acusador público negándole la oportunidad de ejercer las funciones que le son propias, máxime cuando impide el control de legalidad ante la declaración de inconstitucionalidad de una norma.

12) Que a fs. 558/567, este Tribunal dispone declarar admisible la queja y conceder el recurso interpuesto por el Sr. Fiscal, contra el punto dispositivo VI y, consecuentemente contra el punto II de dicho decisorio en los términos del art. 474 CPPN, en función de lo dispuesto por el art. 55 LPP, ordenando por último acumular el incidente de queja a los autos principales y continuar con el trámite del recurso concedido.

13) Que a fs. 576/603 vta., se incorpora la contestación de vista conferida al señor Fiscal de Cámara quien solicita se revoque la sentencia apelada condenando al imputado a la pena de cinco años y seis meses de prisión, unificando la condena a Mauro Ismael Lemes, en la pena única de doce años y seis meses de prisión. Se manifiesta en contra de la objeción constitucional hecha por el Juez *a quo* respecto del octavo párrafo del art. 189 bis inc. 2º CP, toda vez que en virtud de ello el imputado mereció una pena inferior al mínimo previsto por la norma invalidada, equivalente a la mitad de la que fuera requerida por el Ministerio Público Fiscal. Así, y luego de explicar según su entender el objetivo buscado con la reforma al art. 189 bis del CP, refuta los argumentos del Magistrado de Grado

utilizados para fundar la inconstitucionalidad de la agravante prevista en el 8° párrafo de dicho artículo. Sostiene que el judicante omitió delimitar el alcance del principio de culpabilidad y señalar el perjuicio concreto ocasionado al imputado, deviniendo la sentencia nula por imperio del inc. 2°, del art. 404 del CPPN (art. 6, ley 12). Entiende que conforme a los hechos comprobados en la causa sólo es posible concluir del modo como lo hizo el *a quo*, sobre la base de una arbitraria inteligencia de las normas de derecho común aplicables, que implicó dejar sin tutela el tipo legal del art. 189 bis, párrafo octavo del CP. En este sentido considera que la sentencia adolece de fundamentación insuficiente o aparente y que el Juez no da razones de legitimación externa de la norma para abrogarlas con fundamento constitucional, sino que únicamente recurre a su personal posición en orden a su adscripción a la dogmática penal, no habiendo explicado el rango constitucional que le atribuye al principio de proporcionalidad. Finalmente expone que el juicio de tipicidad constitucional no queda satisfecho con la invocación de crueldad o desproporcionalidad de la pena por el solo hecho de compararlo con otras escalas penales o juicios de valor acerca de lo injusto de la penalidad considerando a ésta en forma aislada, sino que para ello se debe hacer referencia cierta al orden constitucional y de derecho común, señalando la relación directa y concreta en que se produce el choque normativo de la norma infraconstitucional que la torna irrazonable.

14) Que a fs. 607/615, se agrega la contestación de la vista conferida a la defensa. En primer lugar, en caso de que no se haga lugar al recurso interpuesto por esa parte, obrante a fs. 437/47 y vta. contra la sentencia de fs. 390/410, solicita se rechace el recurso fiscal de primera instancia de fs. 413/21 vta., y mantenido por el Sr. Fiscal de Cámara a fs. 576/603 vta., conservando la declaración de inconstitucionalidad de la agravante contenida en el art. 189 bis (2), párrafo octavo, del CP, según ley 25.886, declarado en la sentencia de primera instancia y las reservas oportunamente formuladas. Reitera su oposición a la apertura del recurso fiscal por entender que ello resulta contrario a la manda constitucional, en los términos del art. 55 LPC. Sostiene que se le asignó al Fiscal un recurso que no tiene, en violación a la garantía de la doble instancia y al principio de legalidad, cercenando el principio acusatorio. Por otra parte plantea la inaplicabilidad de la agravante al caso en función del principio de irretroactividad de la ley penal, toda vez que dicha norma fue dictada con posterioridad a la condena de su asistido. En forma subsidiaria considera que la aplicación de la agravante al caso afecta el

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

principio de culpabilidad, en virtud de la desproporción de la pena que se intenta aplicar y por constituir una manifestación del derecho penal de autor y vulnerar el principio *ne bis in idem*. Además objeta el razonamiento del Sr. Fiscal de Cámara para sostener el método aritmético propugnado por su inferior jerárquico en la unificación de penas, considerando que el Tribunal posee en función de los arts. 40 y 41 CP la facultad de mensurar la pena única de acuerdo al caso y seguir aplicando el método compositivo. Por último mantiene la reserva de recurrir ante el Tribunal Superior de Justicia y del caso federal.

15) Que a fs. 616 pasaron los autos a estudio de este Tribunal resultando necesario dilucidar la cuestión atinente a la admisibilidad de los recursos, y la decisión a adoptar.

El Dr. Marcelo Pablo Vázquez dijo:

I. Admisibilidad de los recursos

El Sr. Fiscal de grado recurre la declaración de inconstitucionalidad de la agravante prevista en el párrafo octavo del artículo 189 bis apartado 2 del Código Penal, decretada de oficio por el a quo al momento de dictar sentencia luego de concluido el debate, procurando además la modificación del punto 2 del *dictum* en cuanto a la calificación legal del hecho y el monto de la pena.

El Sr. Defensor Oficial recurre en los términos del artículo 61 LPP por considerar que el fallo ignora, en oportunidad de ser detenido su defendido, la violación de las normas procesales que regulan el instituto de la detención, en la arbitrariedad con que tiene por acreditado materialmente el hecho que se le imputa y, finalmente, en la errónea aplicación del derecho sustantivo al determinar la pena. También postula la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, en subsidio su inaplicabilidad, y hace reserva de interponer recurso de inconstitucionalidad por ante el Tribunal Superior de Justicia local y recurso extraordinario federal. Posteriormente, al contestar la vista respecto del recurso concedido al Ministerio Público, ratifica su oposición a la admisión del mismo y rebate los agravios referentes a la inconstitucionalidad de la agravante prevista en el artículo 189 apartado 2 párrafo octavo del Código Penal.

La oportuna admisión por parte de esta Sala del recurso de queja interpuesto contra el auto que denegara el recurso del fiscal (fs. 558/567), a cuyos fundamentos me remito en honor a la brevedad, permitió la concesión del mismo en

los términos del artículo 474 CPPN –de aplicación supletoria conforme lo establece el artículo 55 LPP-. Por su parte, el recurso interpuesto por la defensa cumple con los requisitos formales y materiales para su admisión, ya que ha sido interpuesto por quien tiene derecho a hacerlo contra una sentencia definitiva, invocando y sustentando sus agravios en los diferentes supuestos taxativamente establecidos.

Tal como se señalara al admitir el recurso del fiscal, las características de su trámite permiten su estudio y resolución conjuntamente con el interpuesto por la defensa, debiendo analizarse en primer término aquellas cuestiones introducidas por ésta que, de ser admitidas, supondrían la conclusión del proceso y tornarían innecesario el análisis de los restantes agravios.

II. De los agravios

A- La nulidad de la detención de Lemes.

1) En primer término y en relación a la nulidad de la detención sin orden judicial del encartado, fundada en que – a entender de la Defensa – no existieron motivos de sospecha previos que la justificaran, cabe afirmar que por las razones que se expondrán a continuación este agravio debe ser rechazado.

Esta Sala permanentemente ha observado el criterio restrictivo que debe primar en el ámbito de las nulidades procesales -entendidas como remedios de excepción que protegen el interés social de justicia y el individual de la defensa en juicio-, en el que se persigue como regla general *la estabilidad de los actos jurisdiccionales, en la medida que el mantenimiento de su validez no afecte normas constitucionales o cuando el legislador lo haya previsto expresamente*. Es por ello que priman los principios de conservación y trascendencia de los actos procesales.

En este sentido, la Cámara de Casación Penal ha expresado que *"[p]ara que la declaración de invalidez de un acto procesal resulte procedente es indispensable que se verifique un perjuicio real y concreto, esto es, que se haya producido una efectiva limitación de un derecho del imputado. Lo contrario importaría afectar el principio de trascendencia e implicaría el dictado de la nulidad por la nulidad misma, lo cual resulta inaceptable en el ámbito del derecho procesal..."* (CNCasación Penal, Sala III, Causa n° 4742, “Marquez, Jorge s/competencia”, rta. 03/9/2003).

Asimismo, el citado tribunal ha sostenido que *"[p]ara declarar la nulidad de un acto procesal es necesario cumplir con ciertas exigencias, entre las que hay que subrayar la demostración -por parte de quien la alega- del perjuicio*

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

real y concreto que le produce el acto viciado (limitación de un derecho vinculado al buen orden del proceso), y del interés o provecho que le acarrearía tal declaración ... las nulidades, aún aquellas declarables de oficio, no pueden invocarse en el sólo beneficio de la ley, sin consideración a sus efectos en la causa. No basta con verificar la existencia de una nulidad, aunque esté especialmente prevista por la ley, pues si no existe perjuicio concreto se decretaría la nulidad de un acto por una cuestión absolutamente formal ... Y ello es así porque tal como lo afirmamos en el precedente 'Espinoza Ocampo' ya citado, '...la 'nulidad' (como instituto) se vincula muy estrechamente con el derecho de defensa, y si el vicio invocado no priva a la parte de su ejercicio -es decir que no afecta la garantía en cuestión-, el pedido de nulidad debe ser rechazado por no existir ni perjuicio ni interés'.... Nosotros participamos de aquella opinión que ve en los requisitos de los actos procesales, un modo de salvaguardar el ejercicio del derecho de defensa. Si el acto irregular, pese a la irregularidad, no afecta dicho derecho, no hay interés en la nulidad ...' (conf. Raúl Washington Ábalos en 'Código Procesal Penal de la Nación' 2a. edición, EJC., Santiago de Chile, 1994, pág. 375)" (CNCasación Penal, Sala III, "Palacios, Oscar E. s/rec. de casación", rta. 22/6/2004).

En síntesis, sólo debe acudir a la nulidad cuando la invalidez resulte trascendente por haberse afectado concretamente un derecho constitucional, puesto que -a partir de lo expresado- las nulidades no deben responder a cuestiones formales, sino a enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir del acto viciado. Lo contrario, importaría un exceso ritual manifiesto no compatible con el buen servicio de justicia, pues la nulidad se adoptaría en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley (Fallos 295:961; 298:312; 311:237, entre otros).

2) Aclarado ello, cabe adentrarse en el análisis del agravio relativo a la nulidad del procedimiento pretendido por la defensa, fundado en un presunto inicio ilegítimo de las presentes actuaciones. Al respecto, debemos tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia ha expresado que “[a] los efectos de determinar si resulta legítima la medida cautelar que tuvo por sustento la existencia de un estado de sospecha de la presunta comisión de un delito, debe examinarse aquel concepto a la luz de las circunstancias en que tuvo lugar la requisita personal del encartado” (Fallos 326:41 “Szmilowsky”, resuelto el 06/02/03, y concordantes).

Efectivamente, si bien la Defensa alude a la inexistencia de “indicios vehementes de culpabilidad” (art. 284 inc. 3º CPPN) a los efectos de invalidar la detención del encausado Lemes sin orden judicial, lo cierto es que de las actuaciones

surge indubitavelmente que había mediado una denuncia de robo por parte del testigo Ávila, quien describió a una persona que, a criterio de los preventores que respondieron al alerta radial, guardaba similitud con el aspecto físico de quien acompañaba al encartado en el momento de ser interceptado. Asimismo, y luego de que los preventores se identificaran como tales, Lemes se dio a la fuga, lográndose su detención tras una persecución durante la cual habría arrojado el arma cuya portación se le imputa; la que, a la postre, fue secuestrada en la vía pública.

De lo antes reseñado se advierte la presencia tanto de indicios vehementes de culpabilidad cuanto de la flagrancia que justifican la detención por parte del personal policial. Asimismo, y a mayor abundamiento, cabe recordar que *“[e]s función esencial de la policía de seguridad estar constantemente prevenida para impedir cualquier perturbación del orden; su fin primordial es prevenir, más que reprimir, función de última ratio ... En el ejercicio de ese diario quehacer, esos funcionarios públicos se enfrentan con aquellas innumerables situaciones y en tanto no se cometan excesos, su accionar debe presumirse legítimo del mismo modo que lo son los demás actos de gobierno (conf. Fallos 310:234, 319:1476- La Ley, 1997-A, 71; DJ, 1997-1-279)”* (Fallos 325:2485 “Tumbeiro”, resuelto el 3/10/2002).

Adviértase que es la propia Ley Procesal Penal de la Ciudad la que admite la aprehensión sin orden judicial del sospechoso de la comisión de un delito flagrante, remitiendo al Código Procesal Penal de la Nación, que obra como su complemento (artículos 55 y 57 incisos 1º y 2º LPP), en cuanto a los requisitos de procedencia; de allí que el ordenamiento legal autorice a los organismos de prevención a *“investigar, por iniciativa propia, en virtud de la denuncia o por orden de autoridad competente, los delitos de acción pública, impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas para dar base a la acusación”* (art. 183 CPPN), otorgándole facultades de excepción a esos fines.

Estas funciones de prevención que llevan a cabo en forma diaria las fuerzas de seguridad, necesarias y esenciales para conservar la seguridad y tranquilidad pública, se encuentran restringidas por aquéllas leyes procesales que impiden a sus integrantes obrar en forma independiente -es decir, sin estar sujeto su accionar a las directivas que emanan del órgano titular de la acción pública-, y que – a su vez- imponen velar por el estricto cumplimiento de las garantías constitucionales, aspectos distintivos de un Estado de derecho.

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

Sin embargo, esas mismas reglas de procedimiento que materializan las garantías básicas que protegen a toda persona contra los abusos o ilegítimas intromisiones por parte del Estado o de los particulares en su esfera de derechos, facultan también a los funcionarios policiales, en supuestos taxativos, a obrar conforme lo exigen las particularidades que presenta cada hecho, todo ello en aras de un mejor servicio a la justicia, cumpliendo así con el principal deber de prevención de delitos y contravenciones. En este camino, la normativa procesal reglamenta de manera adecuada la garantía constitucional y precisa equilibradamente el marco de actuación de los agentes del sistema penal (autoridades de prevención y judiciales); todo ello para asegurar que ***la intrusión en la libertad responda a una causa razonable de interés de la sociedad y no a un acto arbitrario o irregular.***

A lo expuesto precedentemente, deben sumarse las doctrinas de *causa probable* y *sospecha razonable*, desarrolladas por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica y aplicadas localmente a partir del fallo “Fernández Prieto”, emanado de nuestro máximo Tribunal.

No es óbice para ello que nuestros constituyentes federales de 1853, al redactar el art. 18 de la Constitución Nacional, omitieran deliberadamente fijar una fórmula inflexible delegando en los poderes constituidos la reglamentación de la cuestión, apartándose así de la exigencia de su par norteamericana que requiere de “causa probable” para la aprehensión de una persona –cuarta enmienda-, ni que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires explícitamente requiera “flagrante delito” –art. 13 inciso 1º- o “hecho que produzca daño o peligro que [la] hiciera necesaria” en caso de contravención –art. 13 inciso 11-.

En el precedente “Terry v. Ohio” (392, U.S. 1 1968), la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que ***“cuando un oficial de policía advierte una conducta extraña que razonablemente lo lleva a concluir, a la luz de su experiencia, que se está preparando alguna actividad delictuosa y que las personas que tiene enfrente pueden estar armadas y ser peligrosas, y en el curso de su investigación se identifica como policía y formula preguntas razonables, sin que nada en las etapas iniciales del procedimiento contribuya a disipar el temor razonable por su seguridad o la de los demás, tiene derecho para su propia protección y la de los demás en la zona, a efectuar una revisión limitada de las ropas externas de tales personas tratando de descubrir armas que podrían usarse para asaltarlo. Conforme con la Cuarta Enmienda, tal es una revisión***

razonable y las armas que se incauten pueden ser presentadas como prueba en contra de esas personas”.

Así, se admite una excepción fundada en razones de protección de la vida del policía o de terceros y no en la prevención del delito, considerando suficiente en tales circunstancias que el policía tenga una *sospecha razonable*, sin que deba interpretarse ello como “*un poder a la policía para llevar arrestos al mayoreo fuera de la ley. Incluso en ese precedente se dijo claramente que para determinar si el oficial actuó razonablemente en tales circunstancias, se debe otorgar el peso debido no a su sospecha inicial y no particularizada o su corazonada, sino a las inferencias razonables específicas que debe describir a partir de los hechos*” (del voto en disidencia del juez Maqueda, en Fallos W. 29. XXXVII. - "Waltta, César Luis s/ causa n° 3300" – resuelta el 21/09/2004).

Ahora bien, para verificar la existencia del holding establecido debe considerarse, complementariamente, la doctrina de la totalidad de las circunstancias del caso *-the whole picture-*, precisada en “United States v. Cortez” (449, US, 411, 417 –1981-) entre otros, donde se estableció que deben examinarse todas las circunstancias en las que se desarrolló el hecho y que basada en aquéllas, la detención por parte de las fuerzas policiales debe tener por fundamento la premisa de que el sospechoso se halla relacionado con un hecho ilícito; fundando tal criterio no en meras subjetividades sino en *una base particularizada y objetiva* para sospechar la existencia de actividad criminal respecto de una persona en particular (coincidente lo prescripto con la definición de “flagrancia presunta” establecida en el art. 285 C.P.P., donde se exigen indicios de mucha fuerza convictiva –presumir vehementemente-).

Así establecida la base legal para contrastar lo fáctico del caso, no es dable calificar de arbitraria la aprehensión ya que “*la exigencia de que la detención se sustente en una causa razonable permite fundamentar por qué es lícito que un habitante de la Nación deba tolerar la detención y, al mismo tiempo, proscribir que cualquier habitante esté expuesto, en cualquier circunstancia y momento de su vida, sin razón explícita alguna, a la posibilidad de ser detenido por la autoridad*” (Fallos 317:1985).

A mayor abundamiento, como toda medida de coerción, más allá de las restricciones legales a que se encuentran sometidas, debe ser objeto de control judicial, es obligación de los jueces examinar las razones y antecedentes que la motivan para que la garantía opere; por tanto, es razonable exigir la manifestación

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

de aquellas razones y elementos objetivos que fundan la “sospecha razonable”, necesidad puesta de manifiesto también en “Terry v. Ohio” –ya citado-.

Las razones y elementos objetivos que fundaron la sospecha razonable justificante de la detención de Lemes han sido referenciados más arriba, y superan holgadamente el estándar mínimo exigible para estos casos de excepción; máxime, cuando la defensa no logra superar el estadio de la hipótesis al reclamar la nulidad del acto, sustentando la pretensión tan sólo en sus propias subjetividades.

B- La falta de acreditación del hecho. Arbitrariedad de la sentencia.

El recurrente considera arbitraria la sentencia impugnada en virtud que, a su entender, el Judicante se ha apartado de las constancias obrantes en la causa, las que no permiten acreditar con la certeza exigida para una sentencia condenatoria el hecho que se le imputa a Lemes.

En este sentido, la defensa afirma que el Magistrado cuenta únicamente con las declaraciones de los preventores -contradichas por el encartado- a los efectos de fundar su condena. Así, tanto de los dichos de Giménez como de los restantes testigos no puede acreditarse que Lemes portara el arma en cuestión, puesto que el primero de ellos no observó que el encartado arrojara el arma –sino que fue su pareja-, y los demás tampoco advirtieron que aquel lo hiciera.

Tal como he manifestado en anteriores precedentes, corresponde en esta instancia ponderar si las pruebas rendidas en la audiencia de juicio, analizadas en su conjunto en virtud de las reglas de la sana crítica, permiten tener por acreditada –con el grado de certeza necesario – la conducta imputada a Lemes, en las circunstancias especificadas por el Sr. Fiscal de Grado en el requerimiento de elevación a juicio obrante a fs. 208/213 vta.

Es clara la tendencia a ampliar el alcance del recurso de casación para adecuarlo a las exigencias de los Tratados Internacionales en torno del derecho de todo imputado por delito de que su condena sea revisada de manera efectiva por un tribunal superior, como así también que el recurso previsto en la LPP tributa las mismas características que el denominado de casación previsto en la herramienta procesal federal de aplicación supletoria; por ello, la labor revisora de esta instancia habrá de alcanzar el máximo de lo materialmente posible, quedando fuera tan sólo aquello que únicamente es asequible por la inmediatez.

No se trata, entonces, de negar a partir de formalismos excesivos el derecho a la revisión de la condena por un tribunal superior que se reconoce a todo

ciudadano, dejando de lado las cuestiones de hecho y prueba, sino, antes bien, de asumir la tarea revisora con la conciencia que no se trata de una segunda primera instancia sino un juicio sobre el juicio, o sea de la motivación, ya que nuestra capacidad valorativa se encuentra mediatizada respecto de algunos medios de prueba; debiendo, por tanto, con esta limitación establecer la corrección del aspecto racional del juicio sobre la prueba en la determinación de los hechos, para luego comprobar la adecuada o inadecuada aplicación del derecho.

Un criterio similar ha sido impuesto por la CSJN para el ámbito federal en el fallo “Casal” (C.1757.XL "Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681-), ratificado recientemente en “Martínez Areco” (M. 1451. XXXIX - "Martínez Areco, Ernesto s/ causa N° 3792", resuelta el 25/10/2005), al establecer que “[n]ada impide que el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación sea leído en la forma en que exegéticamente se impone y que, por ende, esta lectura proporcione un resultado análogo al consagrado en la doctrina y jurisprudencia alemanas con la llamada teoría de la *Leistungsfähigkeit*, que sería el agotamiento de la capacidad de revisión. *Leistung* es el resultado de un esfuerzo y *Fähigkeit* es capacidad -la expresión se ha traducido también como capacidad de rendimiento-, con lo cual se quiere significar en esa doctrina que el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable” (Fallo Casal, parágrafo 23 del voto de la mayoría de los jueces del tribunal).

En cuanto al alcance del concepto de “cuestiones revisables”, señaló que “lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la intermediación. Esto es así porque se imponen limitaciones de conocimiento en el plano de las posibilidades reales y -en el nivel jurídico- porque la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro. En este caso son los textos de la Convención Americana y del Pacto Internacional que no pueden ser interpretados en forma contradictoria: en efecto, los arts. 8.5 de la Convención Americana y 14.1 del Pacto exigen la publicidad del juicio, con lo cual están exigiendo la oralidad, que es inseparable condición de la anterior, y, por ende, no puede entenderse que los arts. 8.2.h. de la Convención Americana y 14.5 del Pacto impongan un requisito que la cancela. Por ende, debe interpretarse que los arts. 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la Leistung, del rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso” (parágrafo 24).

Conteste con la postura que sostengo, la LPP establece tres únicos supuestos en los cuales el recurso es admisible; limitando de este modo la labor revisora de esta Alzada respecto de la valoración de las pruebas realizada por el sentenciante, y estableciendo un recurso innominado contra la sentencia, asimilable a un recurso de casación.

Ahora bien, ratificada mi posición frente al imperio de este Tribunal revisor, cabe afirmar que comparto la valoración de la prueba que efectúa el Sr. Juez de Grado, atento que las mismas han sido analizadas en su conjunto y de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

A mayor abundamiento, y en lo relativo al principio de la sana crítica racional la jurisprudencia ha afirmado que “[c]on el actual sistema de enjuiciamiento oral ha adquirido vigencia este principio, por el cual no se impone a los magistrados regla o fórmula para apreciar la prueba. Es decir, que se les permite seleccionar aquella que a su criterio conduzca a descubrir la verdad de los hechos en litigio, exigiéndosele solamente que expresen su más razonada y sincera convicción en punto a la realidad que se juzga” (“Pistrini, Mario César y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, CNCP- Sala III, 9/5/1995).

Asimismo, y en relación a la interpretación de los testimonios rendidos en la audiencia de juicio que efectúa la defensa oficiosa, es importante destacar en línea con lo expuesto precedentemente que la inmediatez que posee el Magistrado al momento de diligenciarse la prueba en la audiencia exige -a fin de contrariar el análisis realizado de la misma- un esfuerzo complejo que permita concluir que el judicante incurrió en una clara arbitrariedad al analizar los dichos de los testigos, de los preventores y las demás pruebas rendidas.

En el caso *sub examine* no se advierten ninguna de estas alternativas, ya que el soporte racional al juicio realizado por el a quo sobre la prueba “[e]n lo que se se refiere a su corrección lógica y a su concordancia con los principios de la experiencia, pues este aspecto de la determinación de los hechos probados no

depende, como ocurre con la convicción en la veracidad o mendacidad del testigo, de la percepción inmediata y de la oralidad del juicio” (TSC Español, sentencia del 19 de enero de 1998, citado por Jaén Vallejo, Manuel “La prueba en el proceso penal”, Editorial Ad-hoc, 2000, página 31), supera exitosamente la crítica ensayada en el recurso.

En este orden de ideas, si bien “[n]o es posible un control de los aspectos del juicio de valoración de la prueba que dependen en forma directa de la intermediación... nada impide el control en la casación de los otros aspectos, es decir, de los que conforman la infraestructura racional de dicho juicio” (Bacigalupo, Enrique “La Impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios”, Ad-hoc, 1994, página 33). Así, el Sr. Defensor Oficial destaca que en el caso examinado no hay testigos de actuación ajenos a la prevención lo que, sumado a sus contradicciones, arroja dudas sobre la materialidad del hecho y la autoría del encartado. Ahora bien, en cuanto a la ausencia de testigos de actuación ajenos a la función policial, cabe mencionar que ello no implica que existan razones *a priori* para dudar de sus dichos o de suponer en los deponentes algún interés descalificante por el solo hecho de ser preventores. En tal sentido se ha resuelto que no cabe objetar la declaración de un testigo por la sola circunstancia de que sus aserciones recaigan sobre un suceso en el que intervino en virtud de una obligación legal, desde que tal limitación no aparece contemplada en el Código adjetivo (CCC Fed., Sala 2, “Sánchez, Carlos s/tenencia de arma de guerra”, rta. 11/8/86). Debe señalarse entonces que los testimonios de los preventores resultan medios eficaces en tanto no existan elementos que permitan conjeturar la concurrencia en aquellos de un legítimo ánimo de interés, afecto u odio (CCC Fed., Sala I, “Bobbio, Adrián G. S/inf. ley 23.737, del 31/8/93). Concordantemente, la Corte Suprema de Justicia resolvió que resulta arbitraria la total descalificación de funcionarios policiales en la medida que no existan razones, más allá de las reservas genéricas que emanan de su condición de preventores que han procedido a la detención, que hagan dudar de sus dichos (“Taboada, Fabián Ernesto s/robo de automotor”, rta. 13/8/91).

Por último, cabe poner de resalto que del recurso interpuesto se desprende que el defensor ha analizado las pruebas reunidas de modo independiente y con ello pretende convencernos que, aisladamente, cada una de ellas no puede fundar un juicio convictivo. Sin embargo, la valoración conforme las pautas de la sana crítica racional impone una ponderación conjunta, teniendo en cuenta su diversidad, correlación y concordancia, pero no un tratamiento particular de cada

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

una de ellas. En tal sentido la Cámara Nacional de Casación Penal ha resuelto que resulta inadmisibles intentar criticar los indicios y presunciones individualmente, de modo de ir invalidándolos uno a uno y evitando su valoración articulada y contextual dentro del plexo probatorio; tan imperfecta metodología se encarga de desbaratar uno por uno cada cual de esos elementos que, solitariamente, nada prueban con certeza pero que evaluados en acto único y con ajuste a las reglas de la sana crítica racional, pueden llevar de la mano una probatura acabada, plena y exenta de toda hesitación razonable (CNCasaciónPenal, Sala I, “Unaegbu, Andrew I. y otra”, del 29/5/98).

Aclarado lo expuesto, del análisis de la resolución impugnada no se advierte defecto alguno en el razonamiento que realiza el Magistrado para tener por probado tanto el aspecto material de la imputación cuanto la intervención del Sr. Lemes en el hecho examinado. Así, el Judicante ha valorado los testimonios contestes de los preventores Romero, Mamani y Martini, quienes relataron las circunstancias en que fue detenido el imputado y el lugar donde se encontró el arma que el encartado llevaba en su poder. Asimismo, toma en cuenta los dichos de Ávila respecto del robo; los de Giménez, en cuanto a lo que le refirió su pareja respecto de ver correr a una persona que arrojó un arma y al lugar donde cayó la misma; y las manifestaciones de los testigos de actuación. Todo ello, sumado a la prueba documental a la que se refiere a fs. 394 vta., le permitió tener por probado con el grado de certeza propio de una decisión definitiva, la materialidad del hecho y la autoría del acusado Lemes.

En consecuencia, no se observa en la sentencia afectación del principio lógico de razón suficiente, ni que se comprometa la debida motivación exigida legalmente, ni las reglas de la lógica que rigen el pensamiento en concordancia con las normas de la experiencia. La valoración de los dichos de los testigos y de la restante prueba que realiza el Sr. Juez de Grado no posee defectos de fundamentación o de razonamiento, todo lo contrario, las conclusiones a las que arriba han sido sustentadas razonablemente y cuenta con los fundamentos jurídicos necesarios, no resultando la sentencia arbitraria ni carente de logicidad en cuando concluye que era Lemes quien portaba el arma en cuestión.

En el caso de autos, las probanzas reunidas otorgan certidumbre en su conjunto, pues coinciden unas con otras, eliminando la posibilidad de duda conforme las reglas de la lógica, integrando así un plexo probatorio serio y eficaz.

A mayor abundamiento, y en relación a la arbitrariedad de la sentencia por la errónea valoración de la prueba planteada por el recurrente, es dable afirmar que para demostrar tal acerto no resulta suficiente una mera discrepancia en la interpretación de los dichos de los testigos; más aún cuando, de la lectura de los fundamentos de la sentencia, como señalara *supra* no se advierte que la misma posea defectos en la argumentación o razonamiento, ni que se hayan vulnerado las reglas de la lógica.

Al respecto, y como se ha expresado en anteriores precedentes, es prudente recordar que para que proceda la descalificación de una sentencia como acto jurídico por la causal de arbitrariedad, la misma tiene que poseer tal magnitud que constituya claramente una derivación irrazonable del derecho vigente. Así la Corte Suprema de la Nación ha establecido que la doctrina de la arbitrariedad tiene por objeto cubrir casos de carácter excepcional en los que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impiden considerar el pronunciamiento de los jueces como la sentencia fundada en ley a la que hace referencia el art. 18 CN (Fallos 312:246; 389, 608, 1839, entre otros).

En el mismo sentido se ha pronunciado la Cámara de Casación Penal, expresando que una sentencia debe ser considerada arbitraria si *“[s]e apoya en fundamentos que se apartan de circunstancias acreditadas en el proceso, las que fueron seleccionadas y valoradas fragmentariamente, todo lo cual importa franquear el límite de la razonabilidad que está subordinada la valoración de la prueba y, en esas circunstancias, el pronunciamiento que contiene esos defectos no constituye un acto jurisdiccional válido [...] este defecto de fundamentación constituye una causal definida de arbitrariedad en la jurisprudencia de la corte suprema de justicia de la nación, resiente la motivación lógica del fallo, y desatiende el mandato de los artículos 123 y 404 inc 2 del CPPN, en cuanto exige que las decisiones judiciales sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente en relación con las circunstancias comprobadas en la causa”* (CNCP- Sala III, “Cabral, Jorge Carlos s/recurso de casación”, 18/12/1996).

Es decir, el recurrente debió demostrar los extremos antes señalados si pretendía tachar la sentencia de arbitraria, sin embargo lo expresado por la defensa no alcanza para acreditar esas exigencias, dado que las objeciones efectuadas se traducen únicamente en meras discrepancias con los argumentos de la decisión cuestionada y la valoración de las pruebas efectuada por el sentenciante.

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

Resumiendo, la resolución recurrida ha sido sustentada razonablemente y los agravios del recurrente sólo evidencian una opinión diversa sobre la cuestión debatida y resuelta (CSJN fallos 302:284; 304:415, entre otros); decisión que cuenta con los fundamentos jurídicos necesarios y suficientes que impiden su descalificación como acto jurisdiccional válido (Fallos 293:294; 299:226; 300:92; 301:449; 303:888, entre otros) y, por ende, tipificarla como arbitraria.

Por todo lo expresado, este agravio introducido por la Defensa habrá de ser también rechazada.

C- Inaplicabilidad de la agravante prevista en el artículo 189 bis apartado 2 párrafo octavo del Código Penal por afectar el principio de irretroactividad de la ley penal.

Antes de ingresar de lleno al análisis sobre la adecuación constitucional de la agravante prevista en el artículo 189 bis apartado 2 párrafo octavo del Código Penal, corresponde considerar la oposición de la defensa a su aplicación en el presente caso, sobre la base que el antecedente condenatorio que registra el encausado Lemes y que daría lugar a la aplicación de la citada norma es de fecha anterior a la entrada en vigencia de la ley 25.886, que incluyera este aspecto objetivo como circunstancia agravante del tipo penal básico y, consecuentemente, aumentara la pena prevista a un mínimo de cuatro años de prisión y un máximo de diez. Invoca el principio de irretroactividad de la ley penal para fundamentar su posición.

Es imposible dejar de coincidir con el Sr. Defensor en que cualquier modificación de la ley penal que implique un tratamiento más desfavorable para la situación del sujeto, sea porque su conducta era impune hasta ese momento o porque se sancionaba con mayor levedad, sólo puede ser aplicada a partir de su vigencia. Este principio básico del derecho penal en particular y del estado de derecho en general, cuarta consecuencia de otro principio reconocido en el aforismo “*nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali*”, se encuentra fuera de toda discusión, como así también que comprende todos los elementos relacionados con el hecho, incluidas las condiciones objetivas de punibilidad, así como la pena y sus consecuencias accesorias.

Aquí se trata de un elemento del tipo penal que deriva en un reproche mayor, cual es la situación jurídica previa a la comisión del hecho prohibido

consistente en haber sido condenado por otro delito doloso contra las personas o con el uso de armas. Es claro que el hecho atribuido a Lemes fue cometido con posterioridad a la reforma introducida por la ley 25.886, por lo que si el principio de irretroactividad de la ley penal procura garantizar la seguridad jurídica y dar virtualidad al concepto que el mandato normativo sólo puede motivar al ciudadano que delinque cuando existe como ley al cometerse el hecho, ninguna afectación puede vislumbrarse a su respecto. Lemes, al momento de cometer presuntamente el hecho, estaba en condiciones de saber el significado jurídico de su conducta y sus consecuencias.

Por otra parte, la exigencia de que no sólo el delito sino también el antecedente condenatorio que registre su autor que lo agrava sea posterior a la entrada en vigencia de la ley, supone un criterio extremo que de seguirse estrictamente obligaría al absurdo de, por ejemplo, punir únicamente la tenencia ilegal de aquellas armas de uso civil fabricadas con posterioridad a esa fecha, debiendo perseguir contravencionalmente a las producidas con antelación.

Lo expuesto es suficiente para rechazar la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal, sencillamente porque el delito atribuido a Lemes fue cometido con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 25.886. Debemos, pues, verificar su validez constitucional.

D- Agravante prevista en el artículo 189 bis apartado 2 párrafo octavo del Código Penal. Constitucionalidad o inconstitucionalidad. Principios en juego.

1) El juez de grado declaró de oficio la inconstitucionalidad de la figura agravada, cuya aplicación al caso fuera requerida por el representante del Ministerio Público, por considerar que, sin perjuicio de no participar de la idea que la caracteriza como una expresión de derecho penal de autor, la incidencia de la agravante en la escala penal supone la afectación del principio de culpabilidad, viola el principio de proporción de la pena con la conducta reprochada e implica un ejercicio arbitrario del poder punitivo.

La defensa, por su parte, coincide con la lesión al principio de culpabilidad y de su derivado de proporcionalidad, comparando la pena prevista para la figura agravada con las estipuladas para otros delitos contra la vida o la integridad física de las personas, y rechaza la invocación del fallo “Pupelis” por los representantes del Ministerio Público Fiscal, en la convicción que la variación de la

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación pone en duda la doctrina que emana de él; ello en razón que dos de los jueces que la integran ya se han expedido sobre la inconstitucionalidad y un tercero, en ese caso como doctrinario, ha hecho lo propio.

Además, al ser la primera ocasión en que puede hacerlo introduce, como otra causal de invalidez de la norma, su caracterización como una expresión de derecho penal de autor al convertir en objeto de punición la registración de antecedentes del autor y no la acción que éste realiza, ya que la conducta no supone una mayor afectación al bien jurídico protegido por la norma.

Finalmente, entiende el Sr. Defensor que el último de los principios constitucionales violados por la previsión legal en estudio es el *ne bis in idem*. Sostiene que el alcance que corresponde dar a este principio debe contemplar la prohibición de que el delito anterior, ya juzgado, tenga influencia respecto del rigor de la pena por el nuevo delito. Avala esta postura con los mismos argumentos con que reputa inconstitucional el instituto de la reincidencia.

Por su parte, el Fiscal de grado y su par ante esta instancia defienden la constitucionalidad de la norma por considerar que guarda razonabilidad para los fines que fue dictada, siendo una expresión del ejercicio del poder de policía propio del Estado y en lo particular, de acuerdo a las expresiones del miembro informante de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados de la Nación que se transcriben en el dictamen, de prevención especial para con el individuo que ha delinquirido y que debería por ello “estar persuadido y convencido que no debe volver a delinquir”. Sostiene que los artículos 4 y 5 de la ley 25.886 reflejan el interés del legislador de dar al bien jurídico tutelado una protección más intensa, circunstancia que se complementa con la posterior sanción de la ley 25.928 que modificó el sistema de concurrencia material previsto en el artículo 55 CP. Todo esto lo vincula con el alcance que le da al principio de proporcionalidad y al de culpabilidad, sosteniendo que el Juez ha prescindido de efectuar una trasposición de la cuestión constitucional al caso, apartándose arbitrariamente del derecho aplicable y configurando cuestión federal suficiente susceptible de ser examinada por la Alzada. En resumen, sostiene la validez de la norma desde que no se ha demostrado la ausencia de equivalencia entre el aumento de la criminalidad con armas de fuego que fuera el motivo de su dictado y el hecho consecuente de la sanción teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto.

2) Sobre la validez de una ley se ha sostenido que *“todas las instituciones fundamentales del país se basan en la creencia de que el pueblo tiene derecho preexistente de establecer para su gobierno futuro los principios que juzgue más adecuados a su propia felicidad...Los principios así establecidos son considerados fundamentales. Y desde que la autoridad de la cual proceden es suprema, y puede raramente manifestarse, están destinados a ser permanentes. Esta voluntad originaria y suprema organiza el gobierno y asigna a los diversos poderes sus funciones específicas...Los poderes de la legislatura están definidos y limitados. Y para que estos límites no se confundan u olviden, la Constitución es escrita. Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida. Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la Legislatura puede alterar la constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley...Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una...Esto constituye la esencia de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución, y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren”* (Marbury v. Madison, 1 Cranch 137, 1.L.Ed. 60-1803).

Es doctrina del máximo Tribunal Federal que la declaración de inconstitucionalidad de una norma sólo procede en situaciones excepcionales, ya que las leyes debidamente sancionadas de acuerdo al mecanismo previsto en la Ley Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que las hace plenamente operables. Sólo será procedente cuando la inobservancia sea de tal entidad que justifique la abrogación en beneficio de la seguridad jurídica, ello en razón que *“constituyen actos de suma gravedad institucional y deben ser consideradas como la ‘última ratio’ del orden jurídico”* (Fallos 288:325, 290:83, 292:180, 294:383).

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

Asimismo, y siendo un acto de tal entidad, únicamente debe admitirse cuando la contradicción con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable, no existiendo la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa.

En paralelo, se debe tener presente que está vedado a los jueces “conocer respecto del acierto o inconveniencia con que han sido ejercidas las atribuciones propias de los gobiernos, pues de otra manera se sustituiría a ellos en la dirección de la política” (Fallos 226:688, 242:73, 285:369, entre otros), siendo la criminal una de aquellas materias insertas en la esfera de reserva del poder legislativo.

Empero, “como Estado democrático de derecho, la legitimidad o legalidad de las normas dependen indudablemente de dos aspectos, su vigencia y su validez (Ferrajoli, Luigi “Derechos y Garantías” Editorial Trotta, página 20 y siguientes). La vigencia, entendida como la observancia de las formas de los actos productivos de normas....En cambio, la validez depende de la coherencia o compatibilidad de esas normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción; en definitiva, su subsunción con los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos....sobre los que se asienta la democracia. **Esta confirmación de la legitimidad de las leyes es un deber de los jueces, en tanto intérpretes de la constitución y garantes de los derechos previstos en ella**” (de mi voto, en TSJ, Expte. n° 2535/03 “Asociación por los Derechos Civiles [ADC] c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” –el destacado no obra en el original-).

3) La cuestión en debate pone en el centro de la escena la función o el sentido mismo del derecho penal en el orden social, y su pretendida condición de herramienta de último recurso para la resolución de conflictos, o simplemente su calidad de medio de control social a través del cual se procura racionalizar el ejercicio del poder punitivo del Estado.

Sea cual fuera la posición teórica e, incluso, ideológica frente a tan trascendente cuestión, lo concreto es que la función de garantía del ciudadano de la jurisdicción supone un juicio sobre la ley misma, en la búsqueda de aquellos significados válidos por su compatibilidad con las normas constitucionales sustanciales (Ferrajoli) y nunca una sujeción acrítica e incondicionada a su letra (siguiendo el axioma positivista), pero observando como límite a esa libertad

interpretativa y de crítica el ámbito de reserva propio de cada uno de los Poderes del Estado; bajo riesgo, en caso contrario, como quedara reflejado supra, de invadir funciones ajenas convirtiéndose en legislador de la norma que mejor satisface nuestras convicciones individuales, sustituyendo y desplazando indebidamente así la voluntad colectiva.

Adviértase que el fundamento de la decisión atacada reside concretamente en la particular posición teórica del judicante respecto de la pena, y en la irracionalidad que, en su opinión, representa incrementar el mínimo y el máximo significativamente por la circunstancia de contar con antecedentes condenatorios previos. En palabras textuales, a juicio del aquo, este motivo “sólo puede tener una incidencia menor en la determinación de la pena”, precisando luego que, a modo de ejemplo, podría significar un aumento del mínimo en una décima parte de la escala penal.

No creo, sinceramente, que éste sea el rol propio del juez que debe verificar la legitimidad o adecuación constitucional de la ley aplicable en un caso en concreto, debatiendo primero sobre la pena en abstracto consigo mismo para luego apartarse de la ley vigente, cuando en el proceso de formación de una ley coparticipan una multiplicidad de factores encarnados en la base cultural, ideológica y política que porta cada uno de los representantes del Pueblo y de los Estados locales.

La pregunta que cabe formular es si un parlamento puede recurrir a razones preventivo generales o preventivo especiales para incrementar la punición de un delito o establecer una modalidad agravada de cualquiera de los ya previstos o, más aún, si puede fundar su decisión soberana en cualquiera de las teorías legitimantes (absolutas, relativas o mixtas) o incluso deslegitimantes (teoría negativa) de la pena; siempre y cuando, huelga decirlo, tal decisión soberana respete el límite que impone el principio de culpabilidad.

Fundar la inconstitucionalidad del precepto a partir de un criterio conceptual distinto, no alcanza para demostrar la irracionalidad del escogido por el legislador, en tanto por ese camino no se demuestre que la aplicación de la norma cuestionada en el caso concreto es incompatible con la Constitución y los derechos fundamentales. Esta afirmación lejos se encuentra de considerar que estamos siempre ante un legislador racional para eludir el problema del control constitucional de su producido; antes bien, significa ser exigente en la comprobación de los

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

requisitos de fundamentación que debe reunir un acto jurisdiccional de la gravedad que ostenta la declaración de inconstitucionalidad de una ley.

En esto acierta el sr. Fiscal ante esta Cámara cuando señala que el aquo no intenta vincular al caso concreto los principios constitucionales que considera lesionados por la previsión legal, fundando su invalidez exclusivamente en consideraciones abstractas sobre la afectación del bien jurídico protegido por el precepto y la incidencia de los antecedentes condenatorios por delitos contra las personas o con el uso de armas que presente el sujeto activo. Partiendo de su propio reconocimiento a que, en estos casos, cabe un mayor reproche por el mayor conocimiento del alcance de la norma, por ende una mayor culpabilidad, los cuestionamientos a la respuesta seleccionada por el legislador transitan por valoraciones abstractas relativas a las distintas teorías de la pena. Si la respuesta es desproporcionada sólo porque significa un incremento sustancial del mínimo, no se hace cargo de establecer la relación proporcional entre el reproche previsto y la culpabilidad atribuida a Lemes, máxime cuando al determinar la pena pone de manifiesto que la gravedad de su conducta lo obliga a posicionarse cerca del máximo de cuatro años de la escala penal prevista para la figura simple.

En suma, la previsión legal que incrementa de cuatro a diez años de prisión la pena cuando quien porta sin autorización legal un arma de uso civil posee antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas no es *per se* irracional, ni se ha demostrado que supere el límite establecido por los principios de culpabilidad y proporcionalidad; ello en tanto y en cuanto, como lo señala en su dictamen el Fiscal de Cámara, en materia de armas de fuego se presenta un esbozo de política criminal que procura dar respuesta adecuada a una problemática social. El acierto o error de dicha política, verificable sólo en el futuro con los resultados que provoque durante su vigencia, es una cuestión ajena a la función controladora del juez.

Es innegable que un gran porcentaje de delitos se cometen con armas de fuego y que a los efectos de la protección de la seguridad pública y, a través de ella, de la integridad física de las personas, el Congreso Nacional intenta poner a disposición del Estado las herramientas legales que cree adecuadas para prevenir la comisión de conductas que conspiran contra la paz y seguridad interior. En este sentido, como lo señala Rodríguez Mourullo, *“al configurar un determinado delito de peligro, la ley convierte en bien jurídico la seguridad de otro bien. De suerte que el quebranto de la seguridad de ese bien entraña ya la lesión del bien jurídico,*

específicamente protegido en el delito de peligro, aún cuando no suponga todavía más que un riesgo para otro bien. La seguridad de determinados bienes puede ser ya en sí misma un bien jurídico” (Rodríguez Mourullo, Gonzalo “La omisión de socorro en el Código Penal”, Madrid 1966, página 148, citado por Julio Díaz-Marotto y Villarejo en “El delito de tenencia ilícita de armas de fuego”, Editorial Colex, página 58).

Coincidiendo con esta inteligencia, el discurso del Presidente de la Comisión de Legislación Penal, transcrito parcialmente por el fiscal ante esta Alzada, sintetiza el alcance y los objetivos planteados con la aprobación de la reforma al Código Penal.

Ahora bien, en referencia al principio de proporcionalidad, desde una mirada crítica sobre el poder punitivo del Estado y su modo de ejercicio, se ha señalado que *“puesto que es imposible demostrar la racionalidad de la pena, las agencias jurídicas deben constatar, al menos, que el costo de derechos de la suspensión del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de lesión que haya provocado. A este requisito se le llama principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión. Con este principio no se legitima la pena como retribución, pues sigue siendo una intervención selectiva del poder que se limita a suspender el conflicto sin resolverlo. Simplemente se afirma que, dado que el derecho penal debe escoger entre irracionalidades, para impedir el paso de las de mayor contenido, no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota de máxima irracionalidad, por la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado. Esto obliga a jerarquizar las lesiones y a establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado”* (Zaffaroni-Alagia-Slokar, “Derecho Penal-Parte General”, Ediar, Buenos Aires, año 2000, página 123).

La cita precedente no es causal ni antojadiza. La opinión la comparte uno de los actuales miembros del máximo Tribunal de la Nación, el Dr. Zaffaroni, y antecede a una crítica expresa a la posición asumida por la CSJN en “Pupelis”, acusándola de abandonar la hermenéutica constitucional y renunciar a su función controladora. Por otra parte, esta circunstancia actual (la condición de Ministro del alto Tribunal de uno de los autores citados) ha sido puesta de manifiesto por el Sr. Defensor Oficial para relativizar el valor de la doctrina que emana de dicho fallo,

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

sabida la vinculación moral que ésta genera para quien tiene que decidir apartándose de un criterio vigente.

En el citado pronunciamiento se interpreta el significado y alcance del principio de proporcionalidad, y en ese camino se señala que es *“la propia naturaleza garantizadora del principio de proporcionalidad de la pena, que opera únicamente para limitar los excesos del poder punitivo estatal respecto de eventuales transgresores a las leyes, y que determina que **la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho.** En ese sentido, son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone [art. 18 de la Constitución Nacional], y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional”* (Fallos 314:424 -el destacado me pertenece-).

Hasta aquí no se presenta inconciliable la doctrina con la interpretación que del principio hace la Corte. La cuestión allí debatida era la razonabilidad de otorgar una especial protección a un determinado tipo de bienes muebles (automóviles) en desmedro de otros de igual o mayor valor pecuniario, afectándose así el principio de igualdad en la medida que *“al acusado se le [aplica] una sanción penal que parte de una mínima que no sólo excede notoriamente la correspondiente a igual delito perpetrado sobre los demás objetos muebles....sino que llega a ser más grave que la pena mínima establecida para el homicidio simple”* (Fallos 312:826 “Martínez”).

Para mutar la doctrina, en “Pupelis” la Corte sostuvo que *“los motivos que llevaron al legislador a introducir la agravante [...] no parecen arbitrarios sino el fruto del uso de la discreción legislativa respecto de cuyo ejercicio esta Corte carece de control. Por lo demás, la pena más grave prevista para esos supuestos no es cruel, no impone una mortificación mayor que la que la privación de libertad de por sí porta ni si intensidad es repugnante a la dignidad humana pues no expresa ninguna desmesura extrema entre las privaciones que implica y el disvalor del delito para el que está prevista”* (Fallos 314:424, considerando 8°).

En el presente caso no estamos frente a un tratamiento desigual ante situaciones equivalentes, ni la pena mínima establecida supera la prevista para el homicidio, de lo que se desprende que el confronto sólo puede hacerse en relación a otros delitos previstos en el catálogo penal. Mucho se ha escrito sobre la asistematicidad del Código Penal a partir de las sucesivas y numerosas reformas parciales del mismo y lo que se denomina *inflación* del derecho penal, pero tan interesante debate teórico debe ser ajeno para la resolución del caso, en la medida que el juicio de razonabilidad no puede fundarse en cuestiones genéricas que exceden la discusión sobre el *quantum* determinable en la especie, ni su graduación puede obtenerse mediante la simple comparación con las sanciones conminadas para los otros delitos, ya que sólo podríamos confirmar el distinto tratamiento de diferentes bienes jurídicos mientras que en los de igual jerarquía, “*tan imperfecto modo de interpretación lo llevará al dilema insoluble de saber si la una es desproporcional por exceso o si la otra lo es por defecto*” (*in re* “Pupelis”, ya citado).

Explica Kaufmann que el “*propósito principal de la pena es, por consiguiente, la prevención especial, en particular, la resocialización. A su lado aparecen las otras finalidades: venganza (compensación de culpa) y reparación social delimitando fronteras y además modificando (ya se sabe que no es necesario preocuparse por la intimidación). La protección del bien jurídico sobre la que siempre versa, en esencia, la pena estatal no constituye un propósito punitivo junto a los otros tres, ni un aspecto parcial de la pena; es, más bien, el resultado de un enlace óptimo entre los propósitos punitivos mencionados. Una de las múltiples consecuencias político-criminales que se desprenden de lo expuesto tiene que ver con la pena de cadena perpetua. Su problemática central reside en si una pena tal, que bajo criterios de prevención especial jamás se justificará, no obstante, bajo el aspecto de la estabilidad de la sociedad pueda ser aún defendida. Tal vez tengamos que aceptar el rebus sic standibus, es decir, para las relaciones existentes hoy. Pero, sin duda, llegará el día en que la sociedad mantenga una armonía aún cuando ante un asesinato no se reaccione con la pena de muerte. También el ‘castigo justo’ es una dimensión histórica. Ella tiene que ser determinada de nuevo. Sin un punto de orientación se cae, no obstante, con facilidad en lo efímero y en lo ausente de compromiso*” (Kaufmann, Arthur “Filosofía del derecho”, Universidad Externado de Colombia, página 305).

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

Desde Aristóteles en adelante se discierne sobre los conceptos de justicia, equidad, castigo justo y legitimación de la pena estatal, entre otras muchas cuestiones, y el párrafo precitado, a mi juicio, refleja el elemento esencial de la discusión planteada en el presente caso: la dimensión histórica de la respuesta estatal. Aspecto que no excluye, antes bien supone, su correspondencia con los principios que informan el estado de derecho.

El Congreso ofrece razones suficientes para adoptar una política criminal tendiente a disminuir la utilización de armas de fuego en hechos delictivos regulando con mayor rigor su tenencia y portación ilegal. Como contrapartida, en la sentencia criticada no se advierten fundamentos decisivos que justifiquen la abolición de la norma dictada por la autoridad legislativa, en tanto no acierta en demostrar que la misma supera el grado de reproche que merece Lemes por su conducta.

Si la pena únicamente puede basarse en la constatación que al autor cabe reprocharle personalmente el hecho y la sanción establecida en abstracto por la norma no supera la que en concreto es proporcionada a su culpabilidad, ninguna razón suficiente se avizora para que el aquo se aparte de la ley vigente aplicable al caso.

4) Otra óptica desde la que se cuestiona la norma jurídica en estudio es la que la señala como una expresión de derecho penal de autor. La defensa introduce esta cuestión como agravio a fs. 607/615, a pesar de haber sido desechada por el a quo en la resolución recurrida, sosteniendo que si se compara el peligro que genera para la seguridad pública la conducta con la respuesta punitiva, se advierte que se procura sancionar prioritariamente la circunstancia que el autor tenga antecedentes. Por tal razón, se penaliza en función de la persona y no del hecho.

Al respecto, transitando el mismo camino del apartado anterior, se llega a la conclusión que la norma no aparece como una manifestación de derecho penal de autor, en tanto supone la comisión de un hecho o acto desvalorado que se agrava por la mayor culpabilidad que deriva de la previa comisión por el autor de otro u otros delitos contra las personas o por medio de armas de fuego. El agravamiento de la respuesta se sustenta, entonces, no en la personalidad del autor sino en el mayor reproche que cabe dirigirle al mismo por la insensibilidad o desprecio frente a las penas que le fueran impuestas con antelación.

El precepto cumple acabadamente con la manda constitucional que obliga a respetar la esfera de reserva de cada ciudadano, prohibiendo o mandando

conductas que lesionan o ponen en peligro determinados bienes jurídicos. No considera cuestiones relacionadas con la moral, el pensamiento, la personalidad, el carácter o cualquier otra vinculada al fuero íntimo del ser humano, tan sólo trata con mayor disfavor una acción que reputa especialmente perjudicial para la seguridad pública.

La amenaza de pena no obedece a la situación de poseer condenas anteriores por delitos contra las personas o con el uso de armas, sino, antes bien por portar ilegalmente un arma de fuego luego de haber sido condenado por alguna de aquellas circunstancias. Esta situación es la que lo convierte en destinatario de un mayor reproche por su mayor culpabilidad; reflejada ésta en el desprecio a la advertencia de sufrir una pena luego de haber vivido con antelación esa experiencia negativa en carne propia.

Si lo que procura la garantía en estudio es propiciar para todos los habitantes de esta Nación un ámbito que posibilite el desarrollo individual, organizando en libertad los proyectos de vida según los dictados de la propia conciencia, la prescripción legal cuestionada no impide en modo alguno la consecución de tales fines, salvo que erróneamente se entienda que el alcance de esa libertad puede desconocer el ordenamiento jurídico en su conjunto, incluyendo en él la propia Constitución receptora de la garantía, que persigue edificar esa sociedad en un marco de legalidad. La prohibición de portar armas de fuego sin autorización legal abarca a todos los componentes de esa sociedad, y la respuesta para quien la infrinja será distinta según la menor o mayor culpabilidad del autor.

Esa prohibición implica en el sujeto una disposición para o decisión de hacer, no una decisión de ser; en consecuencia, el límite de la injerencia estatal sigue siendo su conducta antijurídica y no su personalidad, y respecto de aquella en proporción a su responsabilidad.

Aunque pueda parecer teóricamente anacrónico debe realizarse la actitud interna favorable al derecho y descalificarse su desprecio, porque esa es la forma democrática de reconocer en todos los componentes de la sociedad la indispensable capacidad de decisión para considerarlos seres libres y a la cual hace referencia el principio de reserva receptado por el artículo 19 CN. Esa capacidad de decisión, sobre la que reposa la idea de libertad del ser humano y el sistema normativo de imputación y de atribución de responsabilidad, es la base del juicio de culpabilidad, considerando al individuo y su comportamiento en la dimensión social en la que se mueve y desarrolla.

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

Rescato en este punto aquellas voces que insisten en la necesidad de acercar el derecho penal a las atribuciones de culpabilidad que se dan en la vida cotidiana, en definitiva, a construir un sistema asequible para el ciudadano (Hassemer, Fundamentos de Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1984, pag. 275 – citado por Gonzalo Fernández en el prólogo de la obra de Freudenthal “Culpabilidad y reproche en el derecho penal”, Editorial B de F, número 11 de la Colección Maestros del Derecho Penal). Con esclarecida visión y a los efectos de fundamentar la introducción de la idea de exigibilidad como elemento nuclear de una valoración de la culpabilidad en el marco de la teoría normativa, Freudenthal cuestiona la condición de ciencia oculta del derecho penal, producto de la intervención de los penalistas que lo convirtieron en inaccesible para el profano.

Enlazando la idea de la inexigibilidad de una conducta alternativa conforme a la norma con la cuestión del *castigo justo* expuesta por Kaufmann, el ocultismo genera la incompreensión por la falta de sanción adecuada al juicio de reproche y ésta la acentuación de la distancia entre el pueblo y el derecho.

La susceptibilidad de la opinión pública respecto de la culpabilidad se refleja tanto frente a la condena de quien obró “como cualquiera lo hubiera hecho en su lugar”, cuanto ante la impunidad o castigo insuficiente de acuerdo al reproche que formula el lego.

En este marco, la decisión legislativa se aleja, a mi juicio, de cualquier esbozo de culpabilidad por la conducción de vida, ya que en nada importan para el juicio de reproche aquellas acciones atípicas que puedan reputarse contrarias a la ética, en tanto y en cuanto el sustento de la agravación se encuentre en la efectiva constatación que dados los condicionamientos concretos en que el sujeto se encontraba al momento del hecho le era exigible una motivación de actuación conforme a la norma, con el plus por la insensibilidad demostrada ante la eventualidad de un nuevo reproche penal.

5- El último cuestionamiento tiene su base en la presunta violación del principio *ne bis in idem*, en la hipótesis para la defensa que cualquier agregado en la pena por el segundo delito encuentra fundamento en el primero que ya fue juzgado.

Todo el desarrollo previo efectuado en relación al principio de culpabilidad y a su derivado de proporcionalidad es suficiente para desmentir en este punto a la defensa. Basta agregar que no existe entre ambas persecuciones la identidad de objeto que exige el principio *ne bis in idem*, resultando a las claras que el primer hecho ya penado no se vuelve a juzgar ni a condenar. Efectivamente, la

garantía en estudio implica que el Estado no puede aplicar a la misma persona una nueva pena por el mismo delito, es decir que si alguna de las identidades exigibles no se verifica en el caso concreto, no existe infracción alguna que corregir.

En la medida que no haya una doble valoración de los antecedentes penales en el caso concreto, ya al momento de calificar jurídicamente el hecho como portación ilegal de armas de fuego agravada ora al determinar y graduar la pena incrementándola por esa misma circunstancia, se desvanece el agravio de infracción a la prohibición de bis in idem (en concordancia, causa nro. 072-00-CC/2004 “Prescava, David Daniel s/art. 189 bis CP”, resuelta por esta Sala I el 23 de agosto de 2004).

E- Pena: calificación jurídica definitiva del suceso y determinación de la pena. Validez constitucional y aplicabilidad del instituto de la reincidencia.

1- De lo hasta aquí expuesto se desprende que habré de propiciar la recalificación del hecho como constitutivo del delito previsto en el artículo 189 bis apartado 2 párrafo octavo del Código Penal.

Efectuada esta salvedad, en cuanto al agravio relativo a la pena impuesta, la defensa esgrime la errónea aplicación de las pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal que derivaron en la pena de dos años y nueve meses de prisión por el hecho que diera origen a la presente causa y a la pena única de nueve años y un mes de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de aquella y de la de siete años de prisión recaída ante el Tribunal Oral de Menores nº 2.

La base de la queja se encuentra en la desproporción entre la pena solicitada por el Fiscal y la determinada por el aquo, dado que mientras aquel postuló una pena comprendida en el primer tercio de la escala agravada (cuatro a diez años), éste impuso una cercana al máximo del segundo tercio de la escala contemplada (uno a cuatro años). Luego en que el monto considerando los agravantes supera el máximo de la pena prevista para el delito específico (disparo de arma de fuego contra una persona sin herirla). Finalmente, en la escasa incidencia de las circunstancias atenuantes (corta edad, historia social y familiar, condiciones socioeconómicas, y situación de vulnerabilidad de Lemes debido a la falta de contención y de un empleo fijo para satisfacer sus necesidades). Por todo ello, postula el mínimo de la pena prevista para el delito, esto es un año de prisión. Más luego, postula en subsidio la inconstitucionalidad y/o inaplicabilidad de la reincidencia.

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

En principio es importante destacar que de lo dispuesto por los artículos 40 y 41 del Código Penal se desprende que el legislador ha adoptado un sistema de determinación de la pena mediante el cual describe circunstancias en forma no taxativa y sin fijar su contenido valorativo, es decir el mismo no establece si se tratan de atenuantes o agravantes, de lo que se desprende que estamos frente a un sistema flexible salvo cuando aquellas estuvieran insertas en el tipo propiamente dicho.

Asimismo, se ha afirmado que *“[e]sta técnica legislativa, lejos de ser criticable, permite incorporar en la determinación de la pena numerosas circunstancias que pueden resultar decisivas para una pena “individualizada” y cuyo carácter atenuante o agravante sólo puede ser decidido frente a un hecho particular, y que por su diversidad no pueden ser previstas eficientemente”* (Ziffer, Patricia S., “Lineamientos de la determinación de la pena”, Ed. Ad-hoc, Bs.As., 1996, pág. 101).

Es nuestra labor merituar si la pena impuesta por el Sentenciante resulta ajustada a derecho, es decir si se encuentra fundamentada en criterios racionales explícitos basados en los factores reales o efectivos, los finales o determinantes de la finalidad de la pena y los lógicos – que se refieren a la relación entre ambos-; empero, la modificación de la calificación dificulta esta labor, ya que el acierto o error que se constate no necesariamente habrá de traducirse en una cuantificación acorde con la pretensión del recurrente.

La fundamentación es lo que permite el control de *“las razones que lo llevan a afirmar la necesidad de una determinada pena. Este deber surge, en gran medida, del propio ordenamiento material (art. 41 C.P.). Al ordenar los factores que deben pesar en la decisión se instaura el deber de fundamentación, pues, de lo contrario sería imposible controlar el cumplimiento de ese deber”* (Ziffer, Patricia S., “Lineamientos de la determinación de la pena”, Ed. Ad-hoc, Bs.As., 1996, pág. 97).

Ahora bien, en lo relativo a la graduación de la pena y a la exactitud en materia de determinación de la misma, se ha afirmado que: *“[e]l problema central no reside tanto en si se puede medir o no, sino en que los conceptos a utilizar – ilícito, culpabilidad, peligrosidad – carecen en sí mismos de una precisión absoluta, y fundamentalmente, en que no siempre aparece claramente qué es lo que se quiere lograr con la imposición de una pena determinada o si esta finalidad es efectivamente realizable [...] La decisión referida a qué es lo que se pretende al*

imponer tal pena a tal autor es la que permite seleccionar los datos relevantes para la decisión y su importancia relativa.” (Ziffer, Patricia S., “Lineamientos de la determinación de la pena”, Ed. Ad-hoc, Bs.As., 1996, págs. 31/32).

En líneas generales, coincido con los elementos objetivos y subjetivos contemplados por el juez de grado, más no en el modo de tasarlos.

Teniendo como norte el principio de proporcionalidad en sus dos aspectos, a saber “*por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcionada al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su nocividad social)*” (Santiago Mir Puig, “Derecho penal”, ed. Tecfoto, Barcelona, 1996, pág 100), debe concluirse lo siguiente:

En primer lugar, corresponde descartar la consideración de los antecedentes que registra Lemes, en pos de no incurrir en la violación de la prohibición del *bis in idem*, ya que esas condenas anteriores originan la calificación jurídica agravada que se propicia.

Luego, el mayor peligro ocasionado al apuntar a una persona y arrojar el arma en las inmediaciones de un lugar donde se encontraba, entre otras personas, un menor, con el riesgo de que el arma pudiese dispararse por el golpe en la caída y la mayor peligrosidad que representa la portación en presencia de un menor, todo ello con el consecuente incremento del peligro corrido por el bien jurídico tutelado justifica el alejamiento del mínimo de la escala penal; posteriormente, los atenuantes y el principio de proporcionalidad neutralizan este efecto.

Efectivamente, el análisis global de todas estas circunstancias, considerando la escala penal agravada aplicable al caso, me persuaden de la proporcionalidad del mínimo legal de cuatro años con el juicio de reproche que cabe formularle a Lemes por su acción antijurídica.

2- En cuanto a la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia por resultar violatorio del principio de culpabilidad, cabe recordar que esta Sala se ha expresado en la causa N° 072-00-CC/2004 “Prescava, David Daniel s/art. 189 bis del CP” en sentido contrario al postulado, rechazando la pretendida inadecuación constitucional del instituto.

En consecuencia, sin perjuicio de remitirme a lo allí expresado y a todo lo ya considerado en relación a agravante prevista en el artículo 189 bis apartado 2 párrafo octavo del CP, resulta oportuno reiterar que nuestro Máximo Tribunal de la Nación ha señalado que “(e)l distinto tratamiento dado por la ley a

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

aquellas personas que, en los términos del art. 50 del Cód. Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica por el desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y si, como se vio, existe un fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso” (CSJN, “L’Eveque, Ramón Rafael p/robo, rta. 16/8/88, 311:1451).

Con relación a su inaplicabilidad al caso por no haber cumplido Lemes dos tercios o, cuanto menos, la mitad de su pena anterior en detención, también debe rechazarse el planteo. Este criterio sostenido, entre otros por Ziffer (ob. cit., página 163), ha sido descartado por la CSJN (Fallos 308:1938), resultando suficiente para el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 50 del CP la comprobación que Lemes efectivamente cumplió la pena anterior en forma parcial, de lo que se deriva el acierto del a quo en la decisión atacada.

F- Unificación de pena.

En cuanto a la unificación dispuesta por el *a quo*, ninguna objeción ha merecido por los recurrentes, excepto la apelación de la defensa por considerar excesiva la pena única impuesta (aunque sin efectuar consideraciones específicas sobre el desarrollo lógico del juez de grado en el acto de unificación) y la invocación de la ley 25.928 por el fiscal ante esta alzada para reclamar la aplicación del método aritmético.

En primer lugar, sobre los agravios relativos al quantum de la pena corresponde remitirse a lo dicho supra; luego, señalar que asiste razón al sr. Defensor oficial en cuanto a la imposibilidad de aplicar la citada ley en tanto ella fue promulgada con posterioridad a la comisión del hecho atribuido a su pupilo, siendo además que se propicia una interpretación que resulta más desfavorable a éste.

Sin perjuicio de lo expuesto, en pos de la unidad del ejercicio del poder punitivo estatal respecto del encausado Lemes, corresponde imponer en este proceso una pena unificada. Efectivamente, la pena única de siete años de prisión, accesorias legales y costas impuesta por el Tribunal Oral de Menores N° 1 de esta ciudad el 7 de junio de 2002 en las causa n° 1369 y 1435 (comprensiva de la pena de seis años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas por ser coautor del delito de robo en poblado y en banda, robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa, en concurso real con robo agravado por el uso de armas impuestas por ese mismo

Tribunal y la de un año de prisión en suspenso dictada por el Tribunal Oral Criminal N° 14 el 4 de junio de 2001 en la causa n° 1148 por ser autor del delito de robo en grado de tentativa) debe, a su vez, unificarse con la de cuatro años, accesorias legales y costas determinada en la especie.

Esto es así, toda vez que *“la unificación de penas prevista en el artículo 58 del Código Penal, debe realizarse unificando la totalidad de la pena anterior (que el individuo está cumpliendo) con la pena impuesta en la sentencia posterior dictada por un hecho distinto. El referido artículo 58, en cuanto consagra y garantiza la unidad de la pena en todo el país, evita que un individuo condenado reiteradamente, pero en distintas jurisdicciones o épocas sucesivas, quede sometido a un régimen punitivo plural [...] Entendemos que el juez unificador, debe fijar una nueva condena (aplicando las normas del referido título IX), sin sentirse limitado de ninguna manera por la parte de pena que el condenado haya cumplido; es decir que para la unificación, sólo tendrá en cuenta la pena anterior en su conjunto, sin importar la fracción de la condena ya padecida. Aunque obviamente ese tiempo de detención, deberá ser tenido en cuenta para el respectivo cómputo posterior, restándose de la pena única dictada a los fines de la ejecución de la misma”* (CNCP, Sala III, Registro 430, “Romero Jorge A. s/ recurso de casación”, voto del Dr. Riggi –fallos 1997 vol. II, página 875).

En cuanto al sistema a aplicar, coincido con el criterio que sostiene que no es imperativo para el juez o tribunal la aplicación del método compositivo, cuando las características de las condenas computables y la personalidad revelada por el autor aconsejen la aplicación del sistema aritmético. En tal sentido, el sistema aritmético *“no se encuentra en pugna con disposición o regla alguna de nuestro ordenamiento sustantivo y ello así en virtud que el tribunal de mérito tiene la posibilidad de escoger entre el citado o el compositivo. Nótese que la circunstancia de que se pueda optar por este último –más favorable al reo, por otro lado- no significa una gracia que debe ser concedida siempre en forma automática por el Tribunal que realiza este procedimiento, sino únicamente cuando las constancias del proceso y la personalidad revelada por el autor (arts. 40 y 41 del Código Penal) lo hagan aconsejable”* (CNCP, Sala III, Registro n° 562.01.3, causa n° 3315 “Vetti, Héctor Horacio s/ recurso de casación”, resuelta el 17/09/01 –voto Dr. Mitchell-; en idéntico sentido, Sala III, Registro n° 413.99.3, causa 1824 “Aguirre, Juan Carlos o Alonso, Rodolfo Manuel s/ recurso de casación”, resuelta el

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

8/09/99; Sala I, registro n° 3580.1, causa n° 2847 “Díaz, Martín Alejandro s/ recurso de casación”, resuelta el 23/6/2000).

Es claro entonces que al unificar corresponde utilizar el método compositivo, dado que *la valoración de las condenas computables* ha incidido en la calificación jurídica del hecho; en consecuencia, una nueva consideración de ellas para desechar la ventaja que supone para él este sistema redundaría en la inobservancia a la regla del *ne bis in idem*.

El incremento de la pena que se propicia por la calificación agravada adoptada, aún aplicando el método compositivo, debería incidir por razones obvias en la cuantificación de la pena única, bastando el presente razonamiento para desechar la pretensión de la defensa de disminuir la establecida por el juez de grado.

No obstante, dado que el representante del Ministerio Público, inconsecuentemente, no recurrió el punto III de la sentencia que unifica la pena dispuesta en la especie con las anteriores que registra, entiendo que cualquier alteración del monto implica una *reformatio in peius*. No conmueve esta opinión la posibilidad que especulara con el resultado triunfante del recurso y la devolución a la instancia para que se proceda a una nueva unificación, toda vez que razones de economía procesal y las propias características del caso, desaconsejan tal exceso ritual.

A lo expuesto, debo sumar un obstáculo procesal, ya que la queja admitida provocó la apertura de la instancia revisora respecto de los puntos VI y II de la sentencia recurrida únicamente.

En consecuencia, a los efectos de conciliar lo aquí resuelto con lo precedentemente señalado, corresponde unificar la pena modificada sin alterar el monto establecido por el a quo en el punto III de la sentencia recurrida.

Teniendo en cuenta la metodología consignada, debe imponerse a Lemes la pena única de nueve años y un mes de prisión de cumplimiento efectivo, accesorias legales y costas, y declararlo reincidente conforme las previsiones del artículo 50 CP.

G- Reservas.

Corresponde tener presente las reservas efectuadas por las partes.

Por todo lo expuesto, VOTO POR

I- CONFIRMAR el punto I de la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia, obrante a fs. 390/410, en cuanto no hace lugar al planteo de nulidad de la detención de Mauro Ismael Lemes, solicitado por la defensa.

II- REVOCAR EL PUNTO VI de la sentencia de fs. 390/410 y DECLARAR LA CONSTITUCIONALIDAD del artículo 189 bis apartado 2 párrafo octavo del Código Penal.

III- MODIFICAR la calificación y la pena establecida en el punto II de la sentencia de fs. 390/410, Y CONDENAR a Mauro Ismael LEMES por considerarlo autor penalmente responsable del delito previsto en el artículo 189 bis apartado 2 párrafo octavo del Código Penal a la PENA DE CUATRO AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, accesorias legales y las costas del proceso.

IV- CONDENAR a Mauro Ismael LEMES a la PENA UNICA DE NUEVE AÑOS Y UN MES DE PRISION, accesorias legales y las costas del proceso, comprensiva de la pena impuesta en el apartado anterior y de la pena única de siete años de prisión, accesorias legales y costas, impuesta por el Tribunal Oral de Menores N° 1 de esta ciudad en las causas n° 1369 y 1435.

V- CONFIRMAR el punto IV de la sentencia recurrida, en cuanto revoca la libertad condicional concedida a Mauro Ismael Lemes el 23 de junio de 2004 por el titular del Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 2, en el legajo de ejecución n° 6487 que corre por cuerda (art. 15, C.P.).

VI. CONFIRMAR el punto V de la sentencia apelada, en cuanto declara reincidente a Mauro Ismael Lemes (art. 50, C.P.).

VII- CONFIRMAR el punto VII de la sentencia recurrida, en cuanto dispone proceder al decomiso del arma secuestrada en autos (art. 7 de la ley 25.938 y 23 del C.P.).

VIII- Tener presentes las reservas formuladas por la defensa de recurrir por vía de inconstitucionalidad y del caso federal.

La Dra. Elizabeth A. Marum dijo:

A los fines de un adecuado tratamiento de las cuestiones planteadas se abordarán individualmente los agravios invocados por las partes.

a) Agravio defensista basado en la nulidad de la detención del imputado.

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

La defensa afirma que de las constancias del debate surge que el personal policial no estaba facultado para detener a Lemes, pues no concurrían los indicios vehementes de culpabilidad exigidos por el art. 284 inc. 3 CPPN para validar la detención sin orden judicial. Ello así por considerar que el menor de edad, a quien Avila le adjudicó el robo al locutorio, no presentaba similitudes físicas ni de vestimenta con Delgadillo, por lo que la policía no estaba habilitada para impartir la voz de alto a éste último y menos aún a su ocasional acompañante, Lemes, quien ninguna vinculación tenía con el asalto al locutorio que motivaba el accionar policial. Cita, a fin de fundar lo expuesto el fallo CSJN “Daray” (Fallos 317:1985), y en base a dicha nulidad solicita la absolución de su asistido.

El Sr. Juez sentenciante fundamenta la existencia de los indicios vehementes de culpabilidad exigidos por el art. 284 CPPN, que justifican la detención sin orden judicial, en la similitud de la descripción del autor del robo dada por Avila con la de Delgadillo y la actitud esquiva demostrada por Lemes ante la presencia de los preventores, quien no solo no acató la voz de alto, sino que extrajo un arma de fuego y apuntó a uno de los preventores.

Ahora bien, la defensa hace hincapié en la ausencia de semejanzas entre el autor del hecho delictivo que había sido descrito por la víctima y el acompañante de Lemes. Sin embargo, el Sr. Juez realiza una adecuada valoración de las probanzas reunidas a partir de las cuales los preventores pudieron tener una sospecha razonable que les permitió suponer que Delgadillo podía tratarse de la persona que buscaban. Así, la circunstancia de tratarse de un menor de edad, y la coincidencia en relación a ciertas características físicas y de vestimenta –era morocho, cabello corto y tenía una campera de color oscuro-, que habían sido aportados por la víctima de aquel ilícito y que los preventores Romero y Mamani recordaron que coincidía con lo descrito por aquél. Siendo ello así, y tal como señala el Juez, el personal policial se encontraba en condiciones de detener a todo sujeto que tuviera alguna característica similar que se encontrara en las proximidades del lugar que había transcurrido el hecho a los efectos de evitar la situación de peligro que generaba la presencia de un sujeto armado en la zona.

En relación a ello, no debe perderse de vista que la CSJN afirmó en el caso Monzón que “...es ilustrativo la opinión de la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica en cuanto a que como regla general en lo referente a las excepciones que legitiman detenciones y requisas sin orden judicial, ha dado especial relevancia al momento y lugar en que se realizó el procedimiento y a la

existencia de razones urgentes para corroborarlo, habiendo convalidado arrestos sin mandamiento judicial practicados a la luz del día y en lugares públicos” -con cita del fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos “United v. Watson”, 1976 (rto. El 12/12/02, La Ley 2003-C, 371). En orden a tales parámetros, no puede soslayarse que el lugar era cercano a donde se había perpetrado un ilícito y el momento era brevemente posterior al de la comisión de aquél, advirtiéndose las razones de urgencia a fin de evitar que los autores se alejaran del lugar y el peligro que implica la portación de un arma en la vía pública.

Por otra parte y, sin perjuicio de lo expuesto, lo cierto es que la actitud asumida por Lemes al momento de observar la presencia de personal policial, ninguna duda deja en torno a la legitimidad de la detención. En efecto, según surge de los dichos del personal policial vertidos en la audiencia, dos sujetos que se encontraban en el hall de un edificio, al advertir la llegada de los funcionarios policiales, comenzaron a caminar y, ante la voz de alto impartida por uno de los preventores, no solo no fue acatada, sino que al menos uno de ellos, Lemes, comenzó a correr, y luego de andar aproximadamente diez metros extrajo un arma de fuego y apuntó hacia el lugar donde se hallaba Mamani, posteriormente la arrojó al piso y se dio nuevamente a la fuga, perdiéndolo de vista y hallándolo después debido a que siguieron la búsqueda en el móvil policial –ver dichos del Subinspector Romero y Mamani-. También el testigo Chamane Reynoso declaró haber visto a una persona corriendo que era perseguida por personal policial, al igual que Jiménez quien refirió que su esposa le relató que alguien pasó corriendo y detrás venía la policía.

En el caso, cabe hacer una distinción entre los indicios existentes al momento en que el personal policial le impartió a Lemes la voz de “alto” y los concurrentes al momento de su efectiva detención (o aprehensión, según art. 57 inc. 2 de la ley 12), previo a lo cual cabe dejar sentado lo resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos en este punto, aplicable en un todo al caso en examen.

Así, la CS de EEUU, decidió que el concepto de “stop” es una menor intromisión que simplemente permite al oficial investigar brevemente; si el oficial no encuentra hechos que eleven a nivel de causa probable, el individuo puede ser dejado que continúe su camino; sin embargo en dicho caso, los oficiales encontraron al acusado en posesión de un arma, por lo que no existió, para la Corte, cuestionamiento legítimo sobre el arresto (“Illinois v. Wardlow”, del 12/1/00, en J.A. 22/12/04, con nota de Ricardo M. Pinto).

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

Desde esta perspectiva, se observa que, en el caso en estudio, a partir de la voz de alto dada por el policía Mamani se desencadenaron diversos acontecimientos anteriormente relatados (Lemes salió corriendo y apuntó con un arma al policía) a partir de los cuales, ninguna duda puede existir en relación a la legalidad de la aprehensión, pues conforman datos objetivos suficientes que la justifican.

En tal sentido, la Corte de EEUU resolvió que la huida (“headlong flight”) sin ser provocada al ver a la policía es el acto característico de la evasión: no es necesariamente indicativo de una conducta ilegal, pero es ciertamente sugestivo de que una conducta ilegal se desarrolla. Afirmó que no tiene estudios empíricos que analicen inferencias extraídas de conductas sospechosas y por ello no puede demandar certeza científica de parte de los jueces o agentes de policía cuando no se presentan; sino que la determinación del concepto de sospecha razonable debe basarse en el sentido común y en las inferencias sobre la conducta humana (CS EEUU, fallo citado), por lo que concluyó que la detención era legítima. Agregó que dicha decisión es compatible con lo resuelto en el caso “Florida vs. Royer” donde la Corte afirmó que cuando un oficial se acerca a un sujeto sin sospecha razonable, el individuo tiene derecho a ignorar al policía y continuar caminando (continuar con su vida sin sufrir interferencias); sin embargo, una fuga sin ser provocada no es una negativa a cooperar; una huida no es “continuar con su vida”, es de hecho, exactamente lo contrario, razón por la cual en estos casos la detención es compatible con aquél derecho. En base a ello la Corte Suprema de EEUU revocó la decisión de la Corte Suprema de Illinois y le devolvió la causa para continuar con el proceso.

Así, cabe poner de resalto que si hasta un cierto momento la conducta de Lemes -y su acompañante- pudo ser ambigua, los dichos de Avila ya señalados permitían al personal policial dar a aquéllos la voz de alto, a fin de establecer la posible vinculación de los nombrados con el ilícito que había acontecido momentos antes. Sin embargo, ninguna duda cabe que el accionar asumido con posterioridad por Lemes, resolvió dicha ambigüedad, pues la comisión de un hecho delictivo se hizo ostensible frente al propio personal policial al exhibir aquél el arma que portaba.

Las inferencias que pueden extraerse de la huida son en función de una variedad de circunstancias que pueden ocurrir, por ello no puede fijarse una regla general a partir de la cual sea posible establecer una conclusión razonable respecto

de la motivación de esa acción, razón por la cual la totalidad de las circunstancias debe dictar el resultado.

En síntesis, una cuestión es establecer si se dan los supuestos que justifican un “stop and frisk” entendido como interceptar a una persona en la vía pública (detención breve), que solo requiere sospecha razonable; y otra es determinar si hay causa probable para efectuar una detención propiamente dicha (o aprehensión), que requiere un mayor valor probatorio. La sospecha suficiente que legitimó la voz de alto dada al encausado se sustentó, como se dijo, en la perpetración previa de un hecho delictivo y en las características parecidas que poseía el acompañante de Lemes. Los elementos que justificaron su efectiva detención se centraron en la actitud de fuga y exhibición del arma. Asimismo, es dable destacar que tal estado de sospecha fue previo a la voz de alto conferida por la autoridad policial, sin que obste a ello que los indicios que llevaron a dicho accionar policial se hubieran referido a un ilícito diferente al que estaba cometiendo Lemes y que se puso en evidencia a partir de la persecución -portación de arma de fuego-. Tampoco resulta un óbice, la circunstancia de que el menor hubiere sido sobreseído del ilícito perpetrado en el locutorio, pues lo relevante es determinar si existieron indicios suficientes que justifiquen el accionar policial, sin perjuicio de lo que surja a partir del avance del proceso.

Por ello, y si bien fuera de los casos expresamente establecidos, la policía no puede detener a las personas sin orden de juez competente, han concurrido indicios vehementes de culpabilidad y peligro de fuga (art. 284 inc. 3 CPPN) que habilitaban la detención de Lemes. Cabe concluir, entonces, que la detención estuvo ajustada a facultades propias del personal policial.

b) Agravio defensor sustentado en la falta de acreditación de la conducta delictiva atribuida.

La defensa afirma que los únicos testimonios que incriminan a su asistido son solo dos: los de los policías Romero y Mamani, quienes vieron el revólver en poder de Lemes, los que se encuentran contradichos por lo declarado por su defendido. Señala que Giménez es un testigo “de oídas” y que Rodríguez no vio que el joven que salió corriendo exhibiera un arma. Cita jurisprudencia que concluye en la insuficiencia probatoria que resulta de los dichos de los preventores, sin otros elementos que los corroboren o complementen. Refiere también que no resulta creíbles que Lemes apuntara a Mamani y que ninguno de los policías hubiera

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

atinado a reaccionar extrayendo su arma. Asimismo, señala ciertas incongruencias en las declaraciones en relación a quien vio primero el arma, pues tanto Martini como Giménez se atribuyen su descubrimiento. Destaca que no puede descartarse que el arma secuestrada se encontrara allí desde antes y que no hubiera sido arrojada por Lemes. Por último señala que a Avila le exhibieron varias armas a fin de que reconociera la empleada en el robo y se pregunta qué hubiera sucedido si Avila reconocía alguna de las armas que se le exhibieron que podía no ser la secuestrada en este proceso. Solicita por ello que se absuelva a su asistido en base al principio de “in dubio pro reo”.

Las pruebas incorporadas al debate resultan suficientes para tener por acreditado tanto el hecho delictivo como la autoría de Lemes, pues conforman un cuadro probatorio con entidad para generar el estado de certeza necesario para arribar a la sentencia de condena que dictara el juzgador.

En efecto, la propia jurisprudencia citada por la defensa indica que los elementos de juicio han sido correctamente valorados en la pieza impugnada, pues de su lectura se desprende que los dichos de los preventores se encuentran avalados por otras probanzas. En efecto, a los testimonios de los policías Mamani y Romero quienes relatan la huida de Lemes y que éste extrajo un arma de fuego que luego arrojó, se adunan otros que corroboran lo declarado por aquéllos. Así, respecto de la persecución de la que fue objeto Lemes, se cuenta además con los dichos de Chamane Reynoso quien observó que pasó una persona corriendo a su lado, detrás del cual corría un policía, y el de Giménez, si bien de oídas, en cuanto relata que su esposa le comentó que alguien pasó corriendo perseguido por la policía. En orden a corroborar que Lemes portaba un arma de fuego que fue arrojada, deben valorarse los dichos del nombrado Giménez en cuanto expresa que su esposa le dijo que cuando observó la persecución escuchó el ruido como que algo cayó sobre una bolsa y ante ello observó un arma donde antes no se encontraba, agregando que él mismo vio -testigo directo en este punto- que al lado de las bolsas de residuos que estaba revisando había un arma; como así también los de Martini que observó el lugar donde se hallaba el arma.

Asimismo, y en relación a la objeción defensiva sustentada en el carácter de oídas del testigo Giménez, cabe dejar constancia que los testimonios cuya versión tiene como fuente lo que han oído de otros, no se dejan de lado aunque al momento de merituar sus dichos, conforme las reglas de la sana crítica, su aporte tenga menos valor que el de quienes percibieron directamente el suceso (D’Albora,

Francisco, Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, p. 522, con cita de Palacio, TIV, p. 564), destacándose que en el caso los de Giménez, en la porción que resulta de oídas, son enteramente concordantes con los restantes.

Respecto a las incongruencias entre Martini y Giménez centradas en quien vio primero el arma, señaladas por la defensa, asiste razón al Juez cuando afirma que se trata de una confusión aparente, pues lo relevante es que ambos pudieron constatar la existencia del arma en el lugar, agregando el último que fue arrojada por el sujeto perseguido por la policía.

Por ello y si bien los testigos que no revisten la calidad de preventores no observaron directamente a Lemes portando el arma, pues cada uno observó distintas secuencias del suceso, todos ellos en su conjunto han permitido reconstruir el hecho por resultar concordantes en las distintas circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Por último, ninguna razón existe para restar credibilidad a los testimonios de los policías intervinientes en el procedimiento, los que valorados conforme las reglas de la sana crítica no dejan resquicio de duda alguna en orden a que el arma secuestrada fue la que arrojó Lemes en la persecución, descartándose la hipótesis defensiva sustentada en que se encontraba allí con anterioridad. Al respecto, debe destacarse que el carácter de preventores de los testigos, no los inhabilita como tales si no existen razones que hagan dudar de sus dichos o para suponer en los deponentes algún interés descalificante (esta Sala, c.234-00-CC/2004, “Pereyra, Héctor Jugo y Falco, Francisco R. s/art. 58 CC”, rta. 12/11/04). En tal sentido, la Cámara Nacional de Casación Penal, resolvió que “es válida la declaración de los funcionarios policiales para testimoniar sobre las manifestaciones recabadas en el ejercicio de la actividad a su cargo, pues debe considerarse lo previsto en el art. 241 CPPN, en cuanto a que toda persona será capaz de atestiguar, y también lo establecido en el art. 242 del mismo código, en cuyo texto no menciona a los empleados policiales como las personas que no pueden testificar en contra del imputado (Sala II “Ibarra, Rodolfo y otro”, del 31/3/98, La Ley 1998-C, 866).

Asimismo, y en orden al argumento de las diversas armas exhibidas a Avila, si bien no queda claro a qué apunta o que pretendería demostrar el defensor, lo cierto es que el hecho juzgado en autos es independiente de aquél y en nada incide en el caso cual ha sido el arma empleada en el robo de que aquél fue víctima, en relación al cual tanto Lemes como el menor fueron sobreseídos.

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

c) Agravio fiscal sustentado en la constitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 inc. 2 último párrafo del C.P. y agravio defensora basado en la inconstitucionalidad de dicha norma.

El Sr. Juez sentenciante declaró de oficio la inconstitucionalidad de la agravante en cuestión. Sin embargo, específicamente aclaró que dicha norma no constituye una manifestación de derecho penal de autor, pues no castiga al autor por el solo hecho de tener antecedentes, sino que castiga la portación del arma de fuego sin la debida autorización, mientras que la existencia de condena es tan solo una agravante. Concluye que, desde este ángulo y desde el principio de culpabilidad es posible sostener una agravante basada en los antecedentes condenatorios, si estos denotan una mayor reprochabilidad. La inconstitucionalidad la fundamenta, en cambio, en la vulneración del principio de proporcionalidad, pues a su juicio, los antecedentes condenatorios solo pueden tener una incidencia menor en la determinación de la pena –como ser una décima parte de la escala penal-. Refiere que el quantum del mínimo debe quedar en manos de Juez, salvo que tenga un mínimo de incidencia, pues no cabe otorgar un alcance mayor por razones puramente preventivo generales. Afirma que de dicho modo se afecta en forma palmaria la proporcionalidad que la pena tiene que tener con lo efectivamente realizado, y también el principio de culpabilidad, importando una arbitrariedad en el ejercicio del poder punitivo.

El Fiscal sostiene que existe una desproporción punitiva en relación al máximo de la pena prevista por la figura no así en su mínimo legal. Expresa que los argumentos del Juez han violado el principio de división de poderes, pues es competencia del legislador declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas, habiendo sustituido en el caso el juez al legislador. Agrega, además que el juicio acerca de la desproporcionalidad no puede fundarse en la comparación de penas conminadas para los distintos delitos (CSJN “Pupelis, María Cristina s/robo con armas” del 14/5/91).

El Fiscal de Cámara afirma que la inconstitucionalidad puede ser declarada por el Juez de oficio. Sin embargo, expresa que, en relación a su declaración, cabe acudir al principio de razonabilidad (art. 28 CN), el que se configura como un estándar valorativo que permite escoger entre varias alternativas que sean más o menos restrictivas de los derechos fundamentales. Concluye que una norma es razonable cuando guarda adecuada proporción entre el objetivo y el medio

empleado, resultando irrazonable cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad. Expresa que los jueces deben inclinarse a aceptar la legitimidad si tienen la certeza de que expresan, con fidelidad, la conciencia jurídica y moral de la comunidad (Fallos 248:291; 314:1376) y que no corresponde juzgar el acierto o conveniencia del medio arbitrado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones para alcanzar el fin (Fallos 240:223, 247:121, entre otros), por lo que el control de constitucionalidad que incumbe a los jueces excluye tal examen. La declaración de inconstitucionalidad de una ley sólo debe ser ejercida cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable, debiendo resolverse en cualquier duda a favor de la constitucionalidad (Fallos 14:425; 312:122, entre otros). Refiere que las reformas al art. 189 bis CP –ley 25.886- se enmarcan dentro de una serie de modificaciones tendientes a reprimir los delitos por medio del empleo de armas y está basada en la idea de desarmar a la población, buscando asegurar el bien jurídico tutelado que es la seguridad pública. El fin perseguido por las modificaciones es intensificar la persecución penal y asegurarse un efectivo cumplimiento de los resultados de la misma. En relación a la afectación al principio de proporcionalidad alegada por el Juez, expresa que omitió vincular las garantías constitucionales con el presente caso, a fin de establecer la existencia de un perjuicio concreto y no abstracto o hipotético. La sentencia resulta arbitraria y ha prescindido del derecho aplicable, tanto de la norma de derecho común (art. 189 y 55 CP), como de la misma Constitución Nacional. En orden al aumento de pena para aquellos que ya han sido condenados, expresa que no viola el principio de culpabilidad, con cita de diversos autores que se expiden al respecto y del fallo CSJN “Gómez Dávalos”. La norma en cuestión es constitucional puesto que no se ha demostrado la ausencia de equivalencia entre el hecho antecedente (aumento de criminalidad con armas de fuego) de la norma jurídica creada (art. 189 bis CP) y el hecho consecuente de la sanción, teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron al acto, los fines perseguidos con él y el medio por el cual se lo establece (agravante por delitos dolosos o cometidos con arma de fuego). Solicita, por ello, que se revoque la sentencia apelada y se condene al imputado a la pena de cinco años y seis meses de prisión, unificando con la condena anterior en la de doce años y seis meses.

La defensa considera que la agravante en cuestión vulnera diversos principios constitucionales. Expresa que viola el principio de proporcionalidad, pues

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

a pesar de que estamos frente a un delito de peligro abstracto se ha estipulado una pena mayor que la prevista respecto a ciertos hechos que destruyen de manera directa bienes jurídicos fundamentales, como las lesiones leves, graves y gravísimas (art. 89, 90 y 91 CP), el aborto y el homicidio en riña (arts. 85 y 95 CP), el abuso de armas (art. 104 CP). Refiere que a Lemes le hubiera resultado mas beneficioso, desde el punto de vista de la pena, haber disparado el arma contra una persona o incluso hierirla. Hace suyas las críticas al fallo CSJN “Pupelis”, citado por los fiscales, por entender que implica una renuncia expresa a la función controladora del Poder Judicial.

Agrega que es una manifestación de derecho penal de autor, pues lo que realmente se castiga es que el autor registra antecedentes, penalizándose la persona y no el hecho. Es decir que el hecho se agrava por lo que el autor es y no por lo que hizo.

Expresa que la agravante afecta el principio de “ne bis in idem”, en virtud del cual el delito anterior ya juzgado no puede tener influencia en el rigor de la pena por el nuevo delito, pues si el autor ya saldó su deuda con la sociedad, es injusto regresar sobre esa partida, haciéndolo responsable dos veces por el mismo delito.

Los reparos constitucionales formulados por la defensa y por el sentenciante en torno al art. 189 bis inc. 2, últ. parte del C.P. han sido debidamente refutados con profusa y sustancial fundamentación en el voto que antecede, al que adhiero en su totalidad, sin perjuicio de lo cual me expediré en relación al algunos puntos que considero centrales.

Comenzaré el tratamiento de la cuestión con el análisis del agravio sustentado en la violación al principio de culpabilidad y proporcionalidad de pena, por haber tenido esta cuestión acogida favorable en la sentencia recurrida.

Al respecto, cabe tener en cuenta que en derecho penal se asigna al concepto de culpabilidad una triple significación: 1) como fundamento de la pena, se refiere a la cuestión de si procede imponer una pena al autor de un hecho típico y antijurídico; para ello se exige la presencia de los elementos específicos del concepto dogmático de culpabilidad; 2) como elemento de la determinación o medición de la pena, no trata de fundamentar el si, sino el como de la pena, su gravedad y duración; la magnitud exacta que en el caso concreto debe tener la pena cuya imposición ha sido ya fundamentada. En este caso se asigna a la culpabilidad una función limitadora, que impide que la pena pueda ser impuesta por encima de la culpabilidad. La medida de la

culpabilidad se determina por factores internos de la persona y por la dimensión de los daños ocasionados; 3) como contrario a responsabilidad por el resultado, impidiendo la atribución a su autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo, a la imprudencia o a una combinación de ambas.

Sólo desde la segunda perspectiva ha sido cuestionada la vigencia de este principio, en relación a la agravante prevista en el últ. párrafo del inc. 2 del art. 189 bis, por lo que a ello cabe ceñir el estudio del caso, pues es claro que las exigencias contenidas en los restantes puntos se encuentran presentes en la conducta llevada a cabo por el condenado, en la medida en que han concurrido los elementos inherentes a la culpabilidad y el imputado ha obrado con dolo.

El principio de culpabilidad o "nulla poena sine culpa" asume el rango de principio constitucional, sea que se lo considere una garantía implícita o como contenido en el art 18 CN. Asimismo, el art. 13 CCBA, declara expresamente que rige, entre otros, el principio de proporcionalidad.

La pena no puede superar la medida de la culpabilidad del agente, pues lo que de ella exceda del límite superior de la culpabilidad constituiría pena sin reprochabilidad ni culpabilidad y sería por ello injusta y contraria al Estado de Derecho. Sin embargo, dicho principio no debe revertirse (no hay culpabilidad sin pena), pues es constitucionalmente posible que el legislador no respete el límite mínimo de culpabilidad .

Es claro que mediante este principio se pone límites a criterios preventivo especiales y generales, los que pueden incidir en la determinación de la escala penal que establece el legislador, como así también en la determinación judicial de la pena en el caso concreto, en el grado que se considere conveniente y adecuado, pero hasta el límite fijado por la culpabilidad, nunca por encima de ella. Así, ninguna duda existe que la actividad estatal tiende a evitar la comisión de ilícitos, poniendo la atención tanto sobre el autor individual, como así también sobre la colectividad a fin de contrarrestar la comisión de hechos punibles. Por ello y si bien el sistema de derecho penal contemporáneo se basa en ambas vías de prevención, estos fines no se persiguen aisladamente, pues ello implicaría abandonar al afectado a esos objetivos estatales, distorsionando la relación entre culpabilidad y pena (Maurach-Gössel-Zipf, Derecho Penal. Parte General, Astrea, Bs.As., 1995, t 1, p. 106). De allí que el principio de culpabilidad funcione como barrera a los criterios preventivos -sin perjuicio de las críticas que ha recibido en cuanto a que pueda efectivamente alcanzar los objetivos que debería lograr, atento las divergencias en cuanto a su contenido (Ziffer, Patricia,

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

Lineamientos de la determinación de la pena, Ad Hoc, 1996, p. 60 y sgtes.)-. Así, sostiene Roxin que la función político criminal del principio de culpabilidad consiste en impedir que por razones de prevención general o especial se abuse de la pena (Culpabilidad y prevención en derecho penal, ed. Reus, Madrid, 1981, p.50 y 103).

La conminación de penas no puede prescindir del criterio de responsabilidad por culpabilidad, ni puede estar desvinculada de fines preventivos, pues se debilitaría la confianza en el orden jurídico. Por ello no cabe acudir a la agravación de penas solo con fines de intimidación, pues si ella excede la necesidad de retribución impide la otra función que debe cumplir la prevención general, la afirmación del orden jurídico en la conciencia colectiva (Mir Puig, Problemática de la pena y seguridad ciudadana, cit. por García, Luis, Reincidencia y punibilidad, Astrea, 2005, p. 82/83). La sociedad necesita estar en condiciones de determinar en cada caso si el reproche expresado en una pena puede estar justificado, pues es esta justificación lo que crea o aumenta su confianza en el sistema jurídico penal basado en el reproche. Un reproche injustificado no puede servir para fundamentar la fidelidad al sistema, no estimula una actitud de adecuación social a las normas jurídica y de allí que debe aparecer legitimado en la culpabilidad (García, ob. cit., p. 74/75).

Aclarado ello, asiste razón al Sr. Juez cuando sienta el principio general consistente en que la consideración de condenas anteriores a los efectos de establecer el marco punitivo no resulta violatorio del principio de culpabilidad; no así cuando concluye que en el caso, dada la incidencia que ha tenido en la escala penal, afecta el principio de proporcionalidad.

En efecto, las penas anteriores tienen un efecto desfavorable, desde el punto de vista de la culpabilidad, pues al autor le es reprochable la insensibilidad a la amenaza penal no obstante conoce concretamente los padecimientos que la ejecución de esa amenaza le acarrea. Es decir que lo que funda un mayor reproche es que en el momento de cometer el nuevo hecho el autor no se ha acordado, no ha tenido en cuenta, las graves consecuencias que una condena importa. Es el conocimiento de la criminalidad del acto con el agregado de que conoce lo incisivo de la consecuencia jurídica lo que funda una mayor reprochabilidad por ese acto (Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, T II, p. 546).

En tal sentido se sostiene que si el autor merece un mayor reproche de culpabilidad por el nuevo hecho, ello es más bien porque, mediante las anteriores condenas y su cumplimiento, “tuvo ocasión de apreciar no solo en su formulación abstracta e impersonal por parte de la ley, sino sobre sí mismo, en carne propia, y en

la medida en que ni siquiera ello ha servido para motivar al autor de forma suficiente para que no cometiera la nueva infracción (Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte General, ed. PPU, Barcelona, 1990, p. 712).

Desde esta perspectiva es dable resaltar que la específica selección que hace la ley en relación a los antecedentes condenatorios que sólo agravan cuando se trata de delitos dolosos contra las personas o con el uso de arma, indica la presencia de un mayor reproche en relación a la posterior portación del arma de fuego, en la medida en que pese a habersele impuesto al autor una pena de prisión por tales hechos, ha desatendido e ignorado los efectos de aquélla, portando un arma de fuego. La mayor culpabilidad que funda el mayor reproche radica en que el sujeto conoce la amenaza penal mejor que otro que nunca ha sido condenado por un delito de las características señaladas, por lo que puede afirmarse un conocimiento mas acentuado de la prohibición. En efecto, en el caso, al cometer el delito Lemes conocía ya en que consiste la pena por haberla sufrido anteriormente en virtud de haber sido condenado por otros delitos llevados a cabo con arma de fuego. La indiferencia ante la anterior sanción impuesta por otros hechos cometidos con arma de fuego, cuya naturaleza incisiva ya conoce justifica, sin duda alguna, un mayor reproche.

En tal sentido, cabe destacar que Lemes registra una condena del 7/6/02 impuesta por el Tribunal Oral de Menores N° 1, a la pena de seis años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas por ser coautor del delito de robo en poblado y en banda, robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa, en concurso real con robo agravado por el uso de armas y a la pena única de siete años de prisión comprensiva de la precedente y de la de un año de prisión en suspenso dictada por el Tribunal Oral Criminal 14 en la causa 1148, del 4/6/01, por ser autor de robo en grado de tentativa (arts. 12, 29 inc. 3, 42, 44, 55, 58, 164, 166 inc. 2 y 167 CP), en la que se encontraba gozando de libertad condicional.

Ahora bien, la conducta que el Sr. Juez dio por acreditada encuentra adecuación legal en el últ. párr del inc. 2 del art. 189 bis CP, sin perjuicio de lo cual el Juez aplicó la figura básica por entender que el monto punitivo previsto por aquélla afecta el principio de proporcionalidad, que impone que toda intervención estatal gravosa de la esfera jurídica de un individuo esté sometida al mandato de relación de medio a fin. Sin embargo, cabe advertir que la sentencia no ha fundado debidamente, por qué razón en el caso concreto dicho principio aparece afectado.

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

Así, es dable observar que los fundamentos allí brindados abarcan el análisis de la norma en abstracto a través del cual concluye que sólo resultaría justificada una incidencia menor de las condenas anteriores, pues caso contrario la pena solo tendría sustento en razones preventivo generales, pero no efectúa correlación alguna entre las pautas mensurativas a ponderar en el caso concreto –tanto agravantes como atenuantes-, en relación a la pena prevista por la norma. Recién, posteriormente, al escoger la sanción a imponer, y de modo absolutamente independiente, evalúa detalladamente las circunstancias tenidas en cuenta para graduarla.

En otras palabras, no ha motivado ni explicado por qué razón en el caso concreto el mínimo legal de pena previsto por la norma declarada inconstitucional, resultaría violatorio del principio de proporcionalidad, conforme las circunstancias específicas que deben ser ponderadas, máxime teniendo en cuenta que la figura básica posee un máximo de cuatro años, que es igual al mínimo de la figura agravada. En tal sentido se sostiene que los máximos muy altos no violan la Constitución en tanto que el marco penal permita, de todos modos imponer una pena adecuada (Stree, cit. por Ziffer, en ob. cit., p. 41, quien no comparte dicha postura).

Asimismo, Zaffaroni-Alagia-Slokar, refiriéndose a los mínimos legales, expresan que en principio debe reconocerse que existen y que tienen el valor de regla general, pero esto no significa que los tribunales deban respetarlos cuando fuentes de superior jerarquía del mismo derecho argentino señalen que el mínimo es irracional en el caso concreto, asignándole por ello un valor indicativo, supuesto en el que corresponde la declaración de inconstitucionalidad (Derecho Penal. Parte General, 2000, Bs. As., Ediar, p. 951/53). Es decir que aún en esta línea de razonamiento, la declaración de inconstitucionalidad de la pena prevista en la ley, exige la expresión de los motivos por los que imponer una pena conforme al mínimo, excede la proporcionalidad entre la sanción y el delito, por superar la medida de la reprochabilidad del injusto, conforme las circunstancias propias del caso.

Al respecto, cabe destacar que la declaración de inconstitucionalidad de una ley debe estar referida al caso concreto. Ello así, porque dicha declaración es de suma gravedad institucional y debe ser considerada como última ratio del orden jurídico (Fallos 249:51), por lo que no debe hacérsela en términos generales o teóricos, pues se trata del ejercicio de la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, que implica desconocer los efectos de una norma dictada por un poder igualmente supremo, como lo es el legislativo (Fallos 252:328).

Siendo ello así, la violación al principio de proporcionalidad alegada debe ser estudiada a la luz del caso concreto y no en base a abstracciones. Se advierte, entonces, que aún partiendo de las pautas que ha valorado el sentenciante al fijar la pena, el principio de proporcionalidad no resulta afectado, aunque cabe efectuar una primera distinción, pues una de las agravantes allí merituadas, no deberá serlo.

En efecto, partiendo del marco legal contenido en el art. 189 bis, inc.2), últ. parte CP, que ya ha tenido en cuenta la condena anterior que registra el encausado, no pueden valorarse nuevamente tales antecedentes, pues ello afectaría el principio de “ne bis in idem”. Ello así por cuanto la prohibición de doble valoración significa, en su forma más simple, que en la determinación de la pena no pueden emplearse, ni como circunstancias agravantes ni como atenuantes, los elementos del tipo legal (Jescheck, Hans, Tratado de Derecho Penal. Parte General, vol. II, Bosch, Barcelona, 1981, p. 1201).

Ahora bien, y en relación a las pautas que sí corresponde ponderar, el Juez ha tomado como atenuante la corta edad de Lemes, sus condiciones familiares y socio económicas, la escasa cantidad de personas que había en el lugar y su vulnerabilidad al sistema. Sin embargo, ha valorado como agravante el mayor peligro ocasionado al apuntar con el arma al policía en ocasión en que lo estaba persiguiendo, a escasos diez metros, señalando que apuntar a una persona es casi la conducta mas grave que puede quedar inmersa en la figura de portación de armas. Asimismo, el haber arrojado el arma al suelo con el riesgo que se dispare con el golpe de la caída, en el lugar donde estaban trabajando como cartoneros, Gimenez, su esposa y el hijo menor, poniendo en peligro su integridad física. Valora también en su perjuicio, la mayor peligrosidad que representa la portación de un arma en presencia de un menor de edad –Delgadillo-. Las agravantes y las atenuantes consideradas por el Juez se relacionan en el caso con el contenido del injusto, es decir la magnitud de la infracción jurídica que depende, además, de su forma de ejecución, y con el contenido de la culpabilidad, por lo que de ellas se partirá para establecer el “quantum” de pena a aplicar. Sin embargo, me apartaré del método escogido para graduar la sanción en cuanto atribuye lapsos temporales concretos de incremento y disminución de pena en relación a cada una de las pautas, por cuanto si bien intenta brindar mayor racionalidad al proceso de selección de pena, en rigor de verdad, no lo logra. En efecto, del razonamiento seguido por el Juez para arribar al monto de pena a aplicar a Lemes, no surge por qué motivo el diez por ciento (10%) del punto medio de la escala postulado como de máxima incidencia es el que debe seguirse y no, por ejemplo, el cinco o el

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

quince por ciento, como así tampoco se desprenden las razones por las cuales el monto escogido en relación a cada ítem considerado independientemente es el adecuado. Por ello, dicho método constituye un esfuerzo argumentativo que no logra superar las críticas de la doctrina sustentadas en que existe un componente irracional en la determinación de la pena que no puede ser totalmente erradicado y que, a mi juicio se centra en la imposibilidad de traducir numéricamente, a modo de exactitud matemática, un juicio de valor. Considero que, sin perjuicio de la motivación acerca del carácter agravante o atenuante de los elementos considerados, la valoración que aparece como más apropiada debe ser de carácter global. Ello así por cuanto toda ponderación en base a diversos componentes requiere una interacción dialéctica de dichas pautas, que impide una consideración aislada e independiente, a modo de compartimentos estancos, en relación a la escala penal. Se trata, así, de una valoración de los elementos en su conjunto, a través de la articulación e interrelación de los distintos factores, que permita establecer más adecuadamente la medida del reproche a fin de, a partir de allí, fijar el monto punitivo a imponer.

Tomando en cuenta tales circunstancias, el mínimo legal de cuatro años previsto por el art. 189 bis inc. 2, ult. parte del CP, aplicable al caso, no resulta irrazonable ni contrario al principio de proporcionalidad, monto que tampoco deberá superarse, atento a que resulta suficiente a los fines propios de la sanción penal. Ello así, teniendo en consideración, tal como se afirmó precedentemente, que el examen de proporcionalidad debe partir del caso concreto y no de una consideración meramente abstracta de la norma. En tal sentido la CSJN resolvió que el examen de constitucionalidad que corresponde a los órganos del Poder Judicial no puede tener por objeto una ley globalmente considerada, sino su aplicación a un caso concreto (Fallos 302:167; 301:811); y que las declaraciones que excluyen la validez de normas legales en virtud de planteos de inconstitucionalidad constituyen la última ratio del orden jurídico y requieren no solo la aserción de existir un agravio, sino su comprobación en el caso concreto (Fallos 300:1041).

Asimismo, asiste razón al Fiscal de Cámara cuando señala que las leyes solo son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad (CSJN Fallos 299:428); de modo que el principio de razonabilidad exige que se cuide especialmente la coherencia de las normas legales con el texto constitucional. Por lo

que salvo el supuesto de claro abuso no hay facultad para tachar de inconstitucional una disposición legal.

En conclusión, a partir de las razones expuestas anteriormente, no se advierte en modo alguno que el mínimo legal, que propiciará se aplique a Lemes, viole la razonabilidad exigida a la luz del principio de culpabilidad.

Por último, resta agregar que podemos compartir la objeción centrada en que el agravamiento de sanción previsto en la norma cuestionada aparece como una medida político criminal poco acertada, por no ser el medio apropiado para obtener las finalidades de prevención especial y general que se pretenden, pero la conminación y aplicación de penas no puede justificarse respecto del conjunto social sólo sobre la base de lo que algunos creemos, sino sobre bases razonablemente aceptables para todos (García, cit. p. 76), que se ven reflejadas en la ley vigente. Por ello, la vinculación del tribunal a la ley impide el reemplazo de la valoración legislativa acerca de la gravedad del delito, por un criterio de medida propio del Juez (Maurach-Gössel-Zipf, ob. cit., T II, p. 691/92).

En relación al argumento esgrimido por la defensa sustentado en que la norma en cuestión se funda en un derecho penal de autor, asiste razón al Juez cuando rechaza este planteo, por cuanto la norma no castiga al autor por el solo hecho de tener antecedentes penales, sino por haber portado un arma de fuego, pese a haber sido condenado anteriormente por un delito doloso contra las personas o con el uso de armas. De lo precedentemente expuesto se desprende que es la acción delictiva específica que se le atribuye lo que sustenta la punibilidad y que el incremento de pena no se apoya en el autor mismo –forma de ser, personalidad o estado peligroso-, sino, como se dijo, en una mayor culpabilidad por la insensibilidad demostrada ante la eventualidad de un nuevo reproche penal; es decir, en el desprecio que manifiesta por la amenaza penal quien habiendo sido condenado por un delito doloso contra las personas o con el uso de armas, porta nuevamente un arma de fuego.

Tampoco dicha calificante afecta el principio *ne bis in idem*. Al respecto es aplicable el principio general sentado por la CSJN al tratar similar planteo en relación a la reincidencia, en cuanto señaló que no se afecta tal principio –que finca en evitar que el Estado pueda efectuar repetidos intentos de condenar a una persona por el mismo delito-, pues el hecho punible anterior no se vuelve a juzgar ni se pena nuevamente, toda vez que la mencionada insensibilidad no formó

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

parte de la valoración efectuada en la primer sentencia condenatoria (Fallos 311:1452, causa “L’Eveque, R.R. s/robo”; 311:551, “Valdez, Enrique Carmelo y otra s/robo con armas y encubrimiento”, del 21 de abril de 1988).

Resta aclarar que la situación varía ostensiblemente en el caso de la otra calificante prevista por la norma en cuestión, centrada en que el imputado se encuentre gozando de una excarcelación o exención de prisión, pues ella sí resulta violatoria de la CN, cuestión respecto a la cual no me explayaré por no resultar aplicable al presente caso.

d) Agravio defensorista centrado en la inaplicabilidad de la agravante de mención en función del principio de irretroactividad de la ley penal.

La defensa entiende que aplicar en el caso la agravante en cuestión importa la vulneración del art. 18 CN, pues la condena en la cual se funda la pretensión de aplicarla fue dictada con anterioridad a la sanción de la ley que la incorporó, por lo que ella solo podría considerarse para los hechos y sus respectivas condenas acaecidos con posterioridad a la reforma.

Sin embargo, tal argumento debe rechazarse. El principio de irretroactividad de la ley penal impide que la ley que incorpora la agravante se aplique a los hechos cometidos con anterioridad a ella, pero no exige que los elementos que funcionan como calificantes se hayan producido con anterioridad a la ley que los valora como tales, pues lo central es que cuando Lemes cometió el hecho tanto la conducta punible como la clase y monto de pena se encontraban fijadas con anterioridad, por lo que sabía, o al menos tuvo la oportunidad de averiguar, que la condena anterior iba a funcionar como agravante, pese a lo cual actuó. Si se asumiera la postura del defensor debería afirmarse también que la figura de homicidio agravado no podría aplicarse a todos aquellos autores cuyo padre hubiera nacido con anterioridad a su sanción, aún cuando el hecho fuera posterior a ella, lo que no resulta acorde a lo que la garantía constitucional pretende proteger. En el caso, la punibilidad agravada estaba legalmente fijada antes del hecho y por ello no existió violación al principio constitucional invocado.

e) Agravio defensorista sustentado en la imposición de una pena desproporcionada.

El defensor considera excesiva la pena impuesta a su asistido, cuestionando las agravantes tenidas en cuenta por el juzgador para meritar la pena.

Centra su fundamentación en la comparación con la pena prevista por el art. 104 CP que prevé de 1 a 3 años de prisión, en que debe darse a las atenuantes ponderadas –escasa edad y contexto socio-económico- mayor incidencia para la disminución del monto y en la necesidad de reducir la incidencia de las agravantes valoradas.

Al respecto, ya se ha dejado constancia que los elementos valorados como agravantes y atenuantes responden a las pautas previstas legalmente; sin perjuicio de lo cual, tal como se desprende de lo ya expuesto, la pena deberá aumentarse frente al expreso agravio fiscal, en atención a la mayor escala punitiva prevista por la figura a aplicar.

Así, la pena a imponer a Lemes por el hecho que se le atribuye en la presente causa, no debe superar el mínimo legal previsto por la figura calificada, pues si bien posee diversas agravantes ya citadas que deben ser valoradas –haber apuntado con el arma a un policía, haber arrojado el arma cerca de donde había personas con peligro para su integridad y haberla portado en compañía de un menor, al igual que atenuantes que han sido ponderadas por el Juez, dicho monto mínimo resulta acorde a los parámetros de razonabilidad que rigen el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta además las exigencias de la prevención general y especial, pautas que deben presidir la elección del monto de pena a imponer, de manera de no sobrepasar la reprochabilidad por el hecho cometido.

La impugnación centrada en la comparación de penas prevista para otros delitos ya ha sido considerada por la CSJN en el fallo “Pupelis” criticado por el defensor. En dicha ocasión, el Alto Tribunal decidió que el juicio de razonabilidad de una pena no puede fundarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los distintos delitos definidos en el catálogo penal, pues a partir de ello el intérprete solo puede obtener la convicción de que existe un tratamiento distinto de los bienes, pero de ningún modo decidir cual de las normas de igual jerarquía comparadas es la que no respeta la constitucionalidad, es decir si una es desproporcional por exceso o la otra lo es por defecto (Fallos 314:424), motivación que la suscripta ya ha compartido en anteriores precedentes (c. 1472, “Oniszczyk, Carlos A. s/infr. ley 255”, del 13/5/04).

f) Agravio de la defensa basado en la inconstitucionalidad de la reincidencia.

La defensa sustenta su petición en que la reincidencia conculca el principio de culpabilidad, pues la agravación en las consecuencias de la pena que

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

lleva ínsita es una manifestación de derecho penal de autor, incompatible con el art. 19 CN, pues se sustenta en el desprecio y la insensibilidad del autor por la pena sufrida, la que resulta ajena al acto ilícito y por consiguiente inconciliable con el derecho penal de acto. Asimismo, entiende que viola en principio de “ne bis in idem”, pues si el autor ya saldó su deuda con la sociedad, es injusto regresar sobre esa partida, haciéndolo responsable dos veces por el mismo delito.

La cuestión fue planteada anteriormente y resuelta por esta Sala en la causa nro. 072-00-CC/2004, “Prescava, David Daniel s/art. 189 bis del CP”, del 23/8/04, oportunidad en que entendí que dicho agravio no resulta viable. Asimismo, la cuestión ya fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia en Fallos 311:1452, causa “L’Eveque, R.R. s/robo”; 311:551, “Valdez, Enrique Carmelo y otra s/robo con armas y encubrimiento”, del 21 de abril de 1988, al expresar que “el principio de “non bis in idem” prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena –entendida ésta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal”.

En igual sentido se expidió la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, en “Sosa, Claudio M.”, del 14/5/98 (La Ley 1999-C, 302)

Por otra parte, resultan enteramente aplicables los argumentos vertidos precedentemente para fundamentar la constitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis inc. 2 últ. párr. CP, a los que cabe remitirse.

Sentado lo anterior, debe rechazarse también este agravio presentado por la defensa.

g) Agravio de la defensa fundado en la inaplicabilidad de la reincidencia

La defensa considera que no resulta aplicable el art. 50 CP, puesto que la declaración de reincidencia procede solo cuando el imputado hubiera cumplido dos tercios de su pena anterior en detención, dada la importancia del tratamiento penitenciario contenido en la ley de ejecución penal n° 24.660. Subsidiariamente aduce que puede aceptarse que el tiempo mínimo exigido sea la mitad de la pena.

El sistema de reincidencia ficta que rigió desde la sanción del Código Penal, para el que era suficiente la existencia de condena anterior aunque no se hubiese cumplido, fue modificado por la ley 23.057 que introdujo la reincidencia

real, que requiere el cumplimiento de la pena anterior, aunque sea parcial. Sin embargo, el art. 50 CP no determina su duración, por lo que el cumplimiento parcial de la pena ha suscitado diferentes opiniones que varían desde considerar a ese efecto el tiempo que el justiciable estuvo privado de su libertad bajo el régimen de prisión preventiva; o un porcentaje de condena sometido a tratamiento penitenciario que oscila desde el cuarto, la mitad, los tres cuartos, los dos tercios; o el mínimo legal de la pena de prisión; o un tiempo librado al arbitrio judicial, o cualquier lapso. Ahora bien, ninguna duda cabe que el tiempo que el justiciable estuvo detenido o bajo prisión preventiva no puede asimilarse a la “pena privativa de libertad” establecida en el art. 50 CP, pues solo puede sufrir pena quien ha sido condenado por sentencia firme. En efecto, es distinta la disposición anímica del individuo en la cárcel, con o sin condena, pues cuando está procesado vive el encierro como una situación temporaria y con la esperanza de un resultado procesal favorable de su causa; mientras que cuando ya conoce la sentencia condenatoria se predispone a esa situación; por ello la conducta del individuo en la cárcel es distinta antes y después del resultado de la causa. Por ello solo se cuenta como cumplimiento de pena el lapso posterior a la condena (CNCP Sala I, “Abet, José O. s/rec. de casación”, 7/10/94).

En relación a la exigencia del cumplimiento de los dos tercios de la pena, la CS ha desvirtuado esta posición el precedente “Gómez Dávalos”, donde resolvió que: “Es suficiente, entonces, contar con el antecedente objetivo de que se haya cumplido una condena anterior a pena privativa de libertad, independientemente de su duración, ya que el tratamiento penitenciario es solo un aspecto del fin de prevención especial de la pena...” Asimismo, efectuó un análisis vinculado con el lapso exigido por el defensor desvirtuando tal posición al sostener que “si la libertad condicional se concede, como regla, al cumplir el condenado los dos tercios de pena, pero en ese período se computa el tiempo de la detención y de la prisión preventiva (art. 24 CP) resultaría en general casi imposible que se aplicara efectivamente un período de tratamiento penitenciario superior a los dos tercios porque éste sólo podría comenzar a practicarse a partir de la condena firme, de modo que antes de que se agotara tal período, el interno ya había recuperado su libertad en función del art. 13 del referido código. Es lógico suponer que esta consecuencia no ha sido querida por el legislador, ya que de lo contrario bastaba con suprimir la reincidencia”. Dicho fallo descarta también como requisito para entenderse cumplida una parte de la pena el hecho de haberse aplicado tratamiento anterior, ya

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

que “podría discutirse siempre no solo la circunstancia misma de la efectiva aplicación de dicho tratamiento en el caso, sino también su idoneidad a los fines de la resocialización del individuo en particular, con lo que se desvirtúa el régimen de la ley, que ha considerado suficiente el dato objetivo de la condena anterior, con el único requisito de que haya mediado cumplimiento total o parcial” (Fallos 308:1938).

En el caso, Lemes permaneció en detención como condenado, dos años y días, por lo que se configuró el cumplimiento parcial de pena exigido por el art. 50 CP, resultando palmario que la declaración de reincidencia dispuesta por el Juez devino correcta.

h) Pena única.

El Sr. Juez ha condenado a Lemes a la pena única de nueve años y un mes de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la impuesta en esta causa y de la pena única de siete años de prisión, accesorias legales y costas, dictada por el TOM N° 1, comprensiva, a su vez, de la pena de seis años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas por ser coautor del delito de robo en poblado y en banda, robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa, en concurso real con robo agravado por el uso de armas impuesta por ese mismo Tribunal y de la de un año de prisión en suspenso dictada por el Tribunal Oral Criminal 14 en la causa 1148, del 4/6/01, por ser autor de robo en grado de tentativa (arts. 12, 29 inc. 3, 42, 44, 55, 58, 164, 166 inc. 2 y 167 CP).

Tal como se destaca en el voto que antecede, la condena única no ha sido recurrida por el Sr. Fiscal, quien se limita a interponer recurso de apelación contra el punto VI de la sentencia en cuanto declaró la inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis (2) octavo párr del C.P. y, como consecuencia de ello, contra el punto II de la sentencia, pues, conforme la figura agravada, la pena no podría haber sido inferior a cuatro años de prisión. En dicha pieza procesal ninguna referencia hace a la pena única impuesta (fs. 413/21).

El imputado, por su parte, cuando recurre en forma “pauperis” expresa que considera que la pena es muy elevada. El Sr. Defensor, si bien dirige su recurso contra la sentencia en cuanto condena a Lemes a la pena única mencionada, no expresa ningún agravio específico en relación a ella, sino solo como consecuencia de la solicitada reducción de la pena a la que fuera condenado por el hecho de autos. En atención a ello, corresponde que me expida sobre el punto.

Ahora bien, debido a que no solo no ha tenido acogida favorable el agravio de la defensa tendiente a obtener una disminución de pena, sino que por el contrario, la pena impuesta por el hecho de autos ha sido agravada, en atención a las pautas mensurativas valoradas y como consecuencia de la modificación de la calificación legal, por haber entendido que no resulta inconstitucional la agravante prevista en el art. 189 bis, inc. 2, últ. párr. CP, la pena única no deberá ser disminuida. En efecto, la condena a una mayor pena por el delito que conforma el objeto procesal de autos, determina que la escala punitiva en relación a la pena única aumente, aún aplicando el sistema compositivo, lo cual permite inferir, a la luz de las consideraciones ya efectuadas al graduar la pena, que carece de razonabilidad una reducción del monto de la pena única impuesta. Sin embargo, tampoco podrá ser aumentada ante la falta de recurso fiscal en relación a este punto, circunstancia que impide cualquier agravamiento de la pena única impuesta. Al respecto no cabe hacer consideraciones tendientes a suplir la ausencia de agravio específico en relación a este punto, pues toda tácita deducción que pretenda efectuarse a partir del recurso interpuesto sólo contra la pena impuesta por el hecho de autos, afectaría el principio de *reformatio in pejus*.

Por ello, la pena única impuesta a Lemes deberá ser confirmada..

Por las razones expuestas voto por: I. CONFIRMAR el punto I de la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia, obrante a fs. 390/410, en cuanto no hace lugar al planteo de nulidad de la detención de Mauro Ismael Lemes, solicitado por la defensa. II. REVOCAR el punto VI de la sentencia recurrida, en cuanto declara la inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis (2), octavo párrafo del Código Penal (texto según ley 25.886).III. CONFIRMAR el punto II de la sentencia apelada, en cuanto condena a Mauro Ismael Lemes, cuyas demás condiciones obran en autos, modificándose en cuanto a la calificación legal del hecho, que se subsume en el delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización, agravada por registrar antecedentes dolosos contra las personas y por el uso de armas, y en cuanto a la pena impuesta, que se fija en cuatro años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 29 inc. 3, 45, 189 bis (2), últ. párr. del C.P. -texto según ley 25.886- y 530, 531 y 533 del CPPN). IV.- CONFIRMAR el punto III de la sentencia recurrida, en cuanto condena a Mauro Ismael Lemes a la pena única de nueve años y un mes de prisión comprensiva de la dictada precedentemente y de la pena única de siete años de prisión, accesorias legales y costas, dictada el 7 de junio de 2002 por el Tribunal Oral de Menores n° 1

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

de esta ciudad en las causas nros. 1369 y 1435, a su vez comprensiva de la de seis años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, en orden a los delitos de robo agravado por su comisión en lugar poblado y en banda, robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa en concurso real con robo agravado por el uso de armas, impuesta en esa causa y de la sanción de un año de prisión en suspenso, - cuya condicionalidad se revocara-, impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 14 de esta ciudad, en la causa n° 1148, el 5 de junio de 2001, en orden al delito de robo en grado de tentativa (arts. 12, 29 inc. 3°, 42, 44, 45, 55, 58, 164, 166 inc. 2°, 167 inc. 2° y 189 bis (2) último párrafo del C.P.). V. CONFIRMAR el punto IV de la sentencia recurrida, en cuanto revoca la libertad condicional concedida a Mauro Ismael Lemes el 23 de junio de 2004 por el titular del Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 2, en el legajo de ejecución n° 6487 que corre por cuerda (art. 15, C.P.). VI. CONFIRMAR el punto V de la sentencia apelada, en cuanto declara reincidente a Mauro Ismael Lemes (art. 50, C.P.). VII. CONFIRMAR el punto VII de la sentencia recurrida, en cuanto dispone proceder al decomiso del arma secuestrada en autos (art. 7 de la ley 25.938 y 23 del C.P.). VIII. Tener presentes las reservas formuladas por la defensa de recurrir por vía de inconstitucionalidad y del caso federal.

El Dr. José Saez Capel dijo:

I. Admisibilidad de los recursos.

En cuanto a la admisibilidad de los recursos interpuestos contra la sentencia dictada por el Juez de Grado, adhiero al voto del Dr. Marcelo Pablo Vázquez, razón por la cual, corresponde hacer lugar a los mismos.

II. Agravios:

a) *La nulidad de la detención del imputado y la falta de acreditación del hecho.*

Con relación a los agravios introducidos por la defensa, vinculados a la nulidad de la detención del imputado Lemes y la falta de acreditación de la conducta delictiva, coincido con los votos de mis distinguidos colegas preopinantes. En virtud de ello, los agravios citados no merecerán favorable acogida.

b) Agravios basados en la validez constitucional de la agravante prevista en el octavo párrafo del inc. 2º del art. 189 bis del C.P.

Mención aparte merece la consideración de los agravios introducidos tanto por la defensa como por la Fiscalía, basados en la inconstitucionalidad o constitucionalidad, respectivamente, de la norma prevista en el art. 189 bis (2), octavo párrafo del C.P., que agrava la pena para quien “registre antecedentes penales por delitos dolosos contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre”.

Al respecto, el Magistrado de Grado declaró de oficio la inconstitucionalidad de la agravante citada por considerar que vulnera el principio de proporcionalidad, entendido como corolario del principio de culpabilidad. No obstante, aclaró que dicha norma no constituye una manifestación del derecho penal de autor, toda vez que su núcleo no consiste en castigar al autor por el sólo hecho de registrar antecedentes penales, sino por la portación de un arma de fuego sin la debida autorización, mientras que la existencia de condenas constituye únicamente una agravante.

Desde este punto de vista, el a quo sostiene que la presencia de antecedentes condenatorios puede ser considerado un agravante siempre que, conforme al principio de culpabilidad, denote, en el caso concreto, un mayor juicio de reproche, en virtud de que el sujeto comete un hecho delictivo aun contando con un mayor conocimiento acerca de la intervención del Derecho Penal ante determinadas acciones.

Así, concluye en que la agravante en cuestión conlleva a la arbitrariedad en el ejercicio del poder punitivo por afectar el principio de culpabilidad por el hecho, al imponer una pena desproporcionada con el hecho efectivamente realizado.

Por su parte, el Sr. Fiscal de Grado, luego de señalar que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* “Mill de Pereyra”, el Juez se encuentra habilitado para declarar la inconstitucionalidad de una norma de oficio, debiendo -dicho acto- efectuarse en una causa en concreto, otorgándole a las partes oportunidad para expresarse sobre el punto, se expidió en favor de la constitucionalidad de la norma antes citada.

En este sentido, si bien comparte los argumentos esgrimidos por el Juez de Grado en cuanto a la desproporcionalidad de la pena escogida por el

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

legislador para la figura agravada, lo hace tan sólo con respecto al máximo de la escala penal allí prevista. De este modo, opta por no propiciar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión, sino de reducir su escala penal de acuerdo a la medida del reproche por el hecho.

En esa inteligencia y con cita del precedente “Pupelis” de la CSJN, sostiene que el Magistrado de Grado vulneró el principio de división de poderes, al ingresar en el terreno propio del Poder Legislativo, a quien compete declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas, como también la de aumentar o disminuir la escala penal y que si bien puede ser admitida la cuestión constitucional cuando se imputa a la ley crueldad o desproporcionalidad, lo que equivale a cuestionar su razonabilidad, dicho juicio no puede fundarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los distintos delitos definidos en el catálogo penal.

A su turno, el Sr. Fiscal de Cámara, entiende que el Juez se encuentra habilitado para declarar la inconstitucionalidad de una norma de oficio, debiendo para ello acudir al principio de razonabilidad (previsto en el art. 28 CN), concluyendo que una norma es razonable cuando guarda proporción entre el objetivo y el medio empleado.

Por otra parte, toda vez que la declaración de inconstitucionalidad de una ley implica un acto de suma gravedad institucional, de manera que debe ser considerada como la última ratio del orden jurídico (CSJN, Fallos 302:457), entiende que sólo corresponde expedirse de ese modo cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable, debiendo resolverse cualquier duda en favor de la constitucionalidad (Fallos 14:425, 112:63, 200:180, 209:337, entre otros).

Así, luego de analizar la finalidad perseguida con la sanción de la ley 25.886, expresa que el Judicante, al trazar la objeción constitucional a partir del principio de culpabilidad, omitió delimitar su alcance, señalar el caso constitucional en abstracto y luego trasladarlo al caso concreto, conectándolo con las garantías constitucionales que se suponían violadas y estableciendo el perjuicio ocasionado al imputado. Por ello, estima que la sentencia del Juez de Grado carece de la debida fundamentación, debiendo ser declarada nula, de conformidad con lo normado por el inc. 2º del art. 404 del CPPN, en función de lo normado por el art. 6 de la ley 12.

Alega que el juicio de tipicidad constitucional no queda satisfecho con la mera invocación de crueldad o desproporcionalidad de la pena por el solo hecho

de compararlo con otras escalas penales o juicios de valor acerca de lo injusto de la penalidad considerando a ésta en forma aislada, sino que para ello se debe hacer referencia cierta al orden constitucional y de derecho común, señalando la relación directa y concreta en que se produce el choque normativo de la norma infraconstitucional que la torna irrazonable.

Asimismo, luego de analizar el principio de culpabilidad con cita de diversos autores y jurisprudencia, sostiene que la agravante en cuestión no viola tal precepto. Por ello, concluye que la norma en cuestión es constitucional, toda vez que no se ha demostrado en autos la ausencia de equivalencia entre el hecho antecedente (aumento de la criminalidad con armas de fuego) de la norma jurídica creada (art. 189 bis CP) y el hecho consecuente de la prestación o sanción teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio por el cual se lo establece (agravante por delitos dolosos o cometidos con armas de fuego), solicitando la revocación de la sentencia apelada, condenando al imputado a la pena de cinco años y seis meses de prisión y a una pena única de doce años y seis meses de prisión.

Por último, la defensa sostiene la inaplicabilidad de la norma prevista en el octavo párrafo del inc. 2º del art. 189 bis, CP. sobre la base de distintos argumentos. En primer lugar, refiere que en virtud del principio de irretroactividad de la ley pena no resulta posible imponerle a su asistido la agravante establecida en la citada norma, toda vez que los antecedentes condenatorios que registra son de fecha anterior a su entrada en vigencia.

Sin perjuicio de ello, considera que la norma en cuestión resulta inconstitucional por violar el principio de culpabilidad, en virtud de la desproporción de la pena requerida por la Fiscalía y por constituir una manifestación del derecho penal de autor. Además, expresa que la aplicación de la agravante vulnera el principio *ne bis in idem*, que impide la persecución penal múltiple, pues el aumento de la pena se funda en un hecho por el cual el autor ya fue juzgado; circunstancia que implica que deba responder dos veces por el mismo delito.

Ahora bien, reiteradamente ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación que resulta elemental, en nuestra organización constitucional, la atribución y el deber que tienen los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas si las

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

encuentran en oposición (Fallos 311:2478, entre otros) y más aún cuando alguna de las partes pone en duda su legitimidad como ha ocurrido en este caso.

Por lo tanto, toda vez que la declaración de inconstitucionalidad de una norma consiste en un acto de suma gravedad institucional, de modo tal que debe ser considerada como la última ratio del orden jurídico (Fallos 249:512, 302:457, entre otros), debiendo admitirse tan solo en aquellos casos en los que no exista otra posibilidad para una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde examinar si la agravante prevista en el octavo párrafo del inc. 2º del art. 189 bis del C.P. satisface los estándares mínimos exigidos por los principios y garantías que nuestra Constitución Nacional impone; tarea que debe analizarse en el caso concreto. Es decir, debe analizarse si la reforma introducida por la ley 25.886 está o no en consonancia con los principios del Estado de Derecho y respeta las garantías fundamentales, reconocidas constitucionalmente.

En efecto, “la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución [...] De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas” (conf. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ed. Trotta, 1999, p. 26).

En este sentido, son los principios que se desprenden de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, como de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que gozan de igual jerarquía (art. 75, inc. 22 CN), los que consagran los límites al poder punitivo, de modo tal que no pueden ser soslayados por el legislador penal.

El que aquí más nos interesa por haber sido cuestionado por la defensa es el principio culpabilidad que tiene **-por lo menos-** una doble incidencia en el ámbito de la responsabilidad penal: por un lado, condiciona el *si* de la pena y, por otro, el *cuánto* de aquélla (conf. Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte*

General, 2da. edición, Hammurabi, Bs. As., 1999, p. 169. El resaltado me pertenece).

Desde la primera perspectiva exige que la imposición de un castigo sólo pueda fundamentarse en la comprobación de que un hecho pueda serle reprochado al autor tanto objetiva, como subjetivamente (Fallos 271:292 y 303:267, entre otros), es decir, cuando el sujeto hizo algo, sabía o debía saber lo que hacía y comprendía o contaba con la posibilidad de comprender que lo que hacía estaba prohibido. Ello implica que en el ámbito de lo ilícito, el principio constitucional de culpabilidad opere en dos niveles: en el plano de la tipicidad, supone que la conducta, para ser típica, debe al menos ser culposa y en el de la culpabilidad significa que no puede haber delito si la conducta no puede serle reprochada al autor.

Por otra parte, desde el punto de vista de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad tiene dos consecuencias: a) la pena debe ser proporcionada a la gravedad de la culpabilidad y b) las necesidades de prevención - especial o general- no pueden justificar una pena que supere la gravedad de la culpabilidad (conf. Bacigalupo, Enrique, ob. cit. p. 170). De este modo, la culpabilidad actúa como un principio limitador.

Como se verá seguidamente, el precepto contenido en el octavo párrafo del inc. 2° del art. 189 bis, genera escollos insalvables a la hora de confrontarlo con el principio antes citado; circunstancia que ocurre al analizarlo desde su doble alcance.

En efecto, la vigencia del principio de culpabilidad supone, en primer lugar, que debe quedar eliminada del Derecho Penal toda forma de responsabilidad objetiva, es decir, la imputación de cualquier acontecimiento, sea o no una conducta, que no pueda ser atribuido a una persona tanto objetiva como subjetivamente. Ello significa que no puede castigarse a alguien por su personalidad o forma de ser, ni por pertenecer a un determinado grupo; se requiere de la existencia de una acción, lo cual descarta el derecho penal de autor.

Aquél límite elemental del Derecho Penal se desprende del art. 18, CN que, al establecer que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al *hecho* del proceso”, sólo habilita al castigo de “conductas”. Ello entronca, a su vez, con lo normado en el art. 13.9 de la CCABA que erradica de la legislación de la ciudad toda norma que implique expresa o

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

tácitamente peligrosidad sin delito y cualquier manifestación de derecho penal de autor.

Como es dable de advertir, una pena dirigida solamente a la peligrosidad del autor no sería una reacción, sino mera profilaxis, oponiéndose notoriamente al juicio de culpabilidad que “consiste en la verificación de que el autor, de una manera evitable para él no ha satisfecho las exigencias del derecho, sea por una abierta insurrección o por una actuación descuidada. La culpabilidad penal no es ni destino ni carácter, la vida del autor previa al hecho no es necesariamente significativa para la medida de la culpabilidad y ésta no dice nada sobre la prognosis social del delito [...] La culpabilidad es un juicio de desvalor sobre el autor, no sobre un tipo [...] El juicio sobre la peligrosidad es prognosis pura...” (Conf. Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, Derecho Penal. Parte General, Tº 1, ed. Astrea, Bs. As., 1994, p. 81).

A partir de este enfoque resulta evidente que el precepto bajo estudio, y en lo que este caso concreto se refiere, agrava la pena para quien registra antecedentes dolosos contra las personas o por el uso de armas, pasando la portación del arma y el peligro que ello puede generar para la seguridad pública a un segundo plano, pues tales antecedentes siguen a la persona como portador de un rol.

Es decir, “se quiere castigar en función de la persona y no del hecho” (conf. De La Fuente, Javier Esteban y Salduna, Mariana, “Régimen Penal de las armas y explosivos” en: Reformas Penales, ed. Rubinzal Culzoni, 2004, p. 228); situación que se hace más notoria aún cuando el mismo artículo agrava la pena para quien “se encontrare gozando de una excarcelación anterior o exención de prisión y portare un arma de fuego de cualquier calibre”.

Por otra parte, dado que en el ámbito de individualización de la pena, la sanción nunca puede superar la medida de la culpabilidad del autor, no resulta compatible en un Estado de Derecho, la aplicación de penas desproporcionadas. En efecto, “la criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable... cuando la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto [...] Esto obliga a jerarquizar las lesiones y a establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado” (conf. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, ed. ediar, Bs, As., 2000, p. 123).

Por lo tanto, no resulta posible invocar fines preventivos especiales o generales para imponer penas desproporcionadas a la medida de la responsabilidad por el hecho efectivamente cometido.

Lo dicho precedentemente ocurre en el caso de autos, toda vez que la escala penal establecida por el artículo analizado -de cuatro a diez años de prisión- resulta a todas luces desproporcionada con relación a la acordada para otros delitos que afectan en forma directa bienes jurídicos fundamentales. En este sentido, “basta comparar las escalas penales del Código para advertir, por ejemplo, que en el delito que analizamos, la simple portación de un arma de fuego de uso civil se castiga con mayor pena que ciertos delitos contra la vida o la integridad física de las personas, como el aborto (art. 85, Cód. Pen.), las lesiones leves, graves y gravísimas (arts. 89, 90 y 91, Cód. Pen.), el homicidio y lesiones en riña (art. 95, Cód. Pen.), e incluso el abuso de arma, donde se reprime el disparo de un arma de fuego contra una persona (art. 104, Cód. Pen.). Esta última situación es llamativa: la simple portación de un arma de fuego se castiga con una pena notoriamente superior al efectivo disparo del arma contra una persona determinada y que implica la producción de un verdadero resultado de peligro sobre su vida o integridad física” (conf. De La Fuente y Salduna, ob. cit., p. 229).

La conclusión antes enunciada, en modo alguno implica que no puedan valorarse los antecedentes que registre el imputado a los fines de graduar la pena, tal como lo autoriza el art. 41 C.P., pues el Juez posee una amplia facultad para elegir la sanción de acuerdo a la escala penal prevista para el delito correspondiente, ponderando, además, otras circunstancias allí contempladas, (v. gr. la naturaleza de la acción, la extensión del daño y el peligro causado, la edad, educación y la conducta precedente del sujeto, los motivos que lo llevaron a delinquir, la participación que haya tomado en el hecho, etc.). No obstante, la circunstancia de registrar antecedentes no necesariamente impone que siempre deba aplicarse una pena más severa, como lo hace la norma cuestionada.

Al respecto, cabe destacar que si bien los arts. 40 y 41 del C.P. contienen determinados parámetros a tener en cuenta a la hora de graduar la sanción a imponer, entre los que se encuentran los antecedentes de la persona, no menciona si ello debe meritarse como atenuante o agravante; tarea que debe llevar a cabo el sentenciante de acuerdo al principio de culpabilidad, para determinar si dicho factor aumenta o disminuye la reprochabilidad del sujeto (conf. esta Sala, en causa n° 072-00-CC/2004, “Prescava, David Daniel s/ art. 189 bis del C.P.”, rta. el 23/8/04).

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

En este punto, no debe olvidarse que determinadas características de la persona, en la gran mayoría de los casos, son determinantes para su criminalización. “En buena parte de los casos, esta selección se opera en razón de que el agente encuadra en una imagen generalizada y negativa que es el estereotipo del criminal...en el que se sintetizan todos los valores negativos asociados a prejuicios de toda naturaleza (etnia, género, religión, grupo cultural, nacionalidad, clase etc.)” (conf. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, ob. cit. p. 1006). Por lo tanto, dicho dato debe valorarse a los efectos de regular la sanción a imponer, de acuerdo al esfuerzo realizado por el sujeto por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad. Y aunque ello “no significa que la pena necesariamente deba ser inferior a la señalada por la culpabilidad de acto, porque bien puede suceder que el esfuerzo personal realizado sea de magnitud tal que no permita una reducción de la pena por debajo de ese límite máximo, como sucede en todos los casos en que media crueldad gratuita, gran indefensión de la víctima, etc. que no solo aumentan el contenido del injusto, sino que neutralizan y agotan el poder reductor de los jueces” (ídem, p. 1007/1008), no supone que siempre deba aplicarse la sanción más elevada; ello, con independencia de la pena única que en definitiva corresponda, de acuerdo a los parámetros establecidos para la unificación de condenas.

Por todo lo expuesto, de aplicarse la agravante requerida por el Ministerio Público Fiscal Lemes sería condenado no en virtud del hecho cometido, sino en función de los antecedentes que registrare, constituyendo el precepto contenido en el octavo párrafo del inc. 2° del art. 189 bis, C.P. un plus inadmisibles para la pena efectivamente prevista para la conducta típica llevada a cabo por el nombrado, en clara violación al principio constitucional de culpabilidad.

Los argumentos antes enunciados resultan suficientes como para expedirme por la inconstitucionalidad de la agravante ya citada; circunstancia que me exime de pronunciarme con respecto a la inaplicabilidad de la agravante por aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal, solicitada por la defensa.

Finalmente, resta mencionar que de la lectura total de la discusión parlamentaria, tanto en la Honorable Cámara de Diputados, en la particular Sesión en que se considera el dictamen de la Comisión de Legislación Penal en el proyecto de ley en revisión por el que se introducen modificaciones a los Códigos Penal y Procesal Penal y a la ley nacional de armas y explosivos (Exp. CD 0348-S-2003) como en el Senado (Antecedentes Parlamentarios. La Ley, mayo de 2004) se advierte la pretensión de negar la excarcelación de los imputados, con lo que se

recurre una vez más a este nuevo tipo de defensa social cuando, como ha sostenido la CIDH (cuya jurisprudencia ha de servir como guía para la interpretación del Pacto de San José. Fallos: 318:514, considerando 11, párrafo 2) la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva que no debe constituir la regla general, como expresamente consagra el PDCP (artículo 9.3) pues de lo contrario se estaría privando de la libertad a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, en violación al principio de inocencia (arts. 8.2, Pacto de San José y 9.1 PDCP), conforme ha sostenido la CIDH en el precedente Suárez Resero, rta. el 12/11/97, pág. 77.

Se introduce además, con esta disposición, el criterio de la habitualidad como un elemento justificador de un enorme incremento de la represión punitiva, por cierto sin llegar a la fórmula californiana del *three strikes and you are out*, que en aquel Estado permite aplicar penas de prisión de larga duración a la tercera infracción contra la propiedad.

Esta reforma, como muchas de las últimas sancionadas por el Congreso, importa un irracional endurecimiento del sistema penal, que nada habrá de solucionar desde el punto de vista político criminal, a la vez que entra en colisión con la Constitución, especialmente con los Tratados de Derechos Humanos incorporados a su texto por la reforma de 1994.

Creo, que las consecuencias serán graves pues importará, por un lado, una nueva desilusión para quienes por temor o desconocimiento, han cifrado sus esperanzas en que con este tipo de normas irracionales el auge del delito se contendrá, cuando la experiencia histórica demuestra lo contrario. Y fundamentalmente, por el otro, porque la contradicción con la Constitución deberá ser resuelta por los jueces, quienes deberán dejar de la lado la nueva ley por inconstitucional, con lo que en definitiva profundizará la desconfianza y el resentimiento con el Poder Judicial.

c) *Agravio basado en inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia y su inaplicabilidad al caso.*

Si bien he concluido en la inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis, (2), octavo párrafo del C.P., por vulnerar el principio constitucional de culpabilidad, ello no significa que merezca idéntica solución el instituto de la reincidencia, tal como pretende la defensa.

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

Sobre el punto, ya me he pronunciado al resolver en la causa n° 072-00-CC/2004, “Prescava, David Daniel s/ art. 189 bis, C.P.”, del 23/8/04; ocasión en la que, adhiriéndome al voto de la Dra. Elizabeth Marum, propicié la constitucionalidad del instituto puesto en crisis.

Si bien podría objetarse que los argumentos esbozados para fundar la falta de validez constitucional de la agravante contemplada en el octavo párrafo del art. 189 bis, inc. 2° del C.P. también permitirían sustentar la inconstitucionalidad de la reincidencia, cabe aclarar que “los antecedentes en que se funda la declaración de reincidencia no son en la sentencia determinantes concretos de una porción específica de la pena” (TSJ, expte. n° 3562/04 “Ministerio Público -Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 8- s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Prescava, David Daniel s/ art. 189 bis C.P.”, del voto del Dr. Lozano), como sí ocurre en caso de imponerse la agravante ya citada.

Tampoco la aplicación de la reincidencia supone la vulneración del principio que prohíbe la persecución penal múltiple, conocido con el aforismo *ne bis in idem*. En efecto, si bien el alcance de tal precepto extiende su eficacia al fallo sobre la culpabilidad del imputado y a la misma reacción penal, de forma tal que “nadie puede ser penado más de una vez por el mismo hecho”, no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta como dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal (CSJN, Fallos 311:552 y 311:1452). Por lo tanto, este agravio debe rechazarse.

Finalmente, en cuanto a la inaplicabilidad del instituto de la reincidencia, planteada por la defensa, comparto los pormenorizados votos de mis distinguidos colegas preopinantes, a los cuales me remito, propiciando, en consecuencia, su declaración en el caso de autos.

d) Agravio basado en la imposición de una pena desproporcionada. Pena a imponer en el caso concreto.

En lo que a este punto se refiere, la defensa entiende que la pena impuesta por el Magistrado de Grado resulta excesiva, criticando las agravantes tenidas en cuenta a la hora de mensurar la sanción.

En primer lugar cabe mencionar, tal como ya lo ha dicho esta Sala in re “Capli, Carlos Alberto s/ art. 72 CC”, causa N° 338-00-CC/2004, rta. el 20/10/05,

que ninguna duda cabe acerca de que la tarea de individualización de la pena no es una cuestión que se encuentra sujeta a la exclusiva discrecionalidad del juez, sino que debe fundarse en criterios racionales explícitos. De ello se colige que el juez no puede partir de cualquier valoración personal que le merezca el hecho o el autor, sino que los parámetros que utilice deben ser elaborados a partir del orden jurídico (Ziffer, Patricia, *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 97). En este sentido, los arts. 40 y 41 del C.P. establecen las pautas a tener en cuenta para dicha tarea.

Además, tal como se ha expuesto precedentemente, constituye un principio rector del Derecho Penal que el Estado no puede imponer una pena que supere la medida de su culpabilidad. Sin embargo, ello tan sólo constituye un límite máximo, pues no impide que, en caso de existir razones de prevención que así lo aconsejen, se imponga una pena inferior a dicha medida

Del análisis de las constancias obrantes en autos se desprende que al graduar la pena, el Judicante no se apartó los parámetros legalmente previstos (arts. 40 y 41 C.P.), ponderando correctamente tanto las agravantes -el haber apuntado con el arma a un policía, haberla arrojado al suelo en las inmediaciones del lugar donde se encontraban tres personas, entre ellas un menor, con el riesgo de que pudiera haber sido disparada como consecuencia del golpe de la caída, portar el arma en presencia de un menor y los antecedentes condenatorios registrados- como las atenuantes, -la corta edad de Lemes al momento del hecho, sus condiciones familiares y socio-económicas, la escasa cantidad de personas que se hallaban en el lugar y la vulnerabilidad ofrecida por el imputado al sistema penal-.

Siendo así, la pena de dos años y nueve meses de prisión oportunamente impuesta aparece como razonable y apropiada a la medida de la culpabilidad por el hecho cometido, razón por la cual considero que debe ser confirmada.

Por otra parte, en virtud de la pena única registrada por el imputado, de siete años de prisión, accesorias legales y costas, dictada el 7 de junio de 2002 por el Tribunal Oral de Menores nº 1 de esta ciudad en las causas nº 1369 y 1435, corresponde unificar dicha sanción con la acordada en esta causa.

En cuanto al sistema a aplicar, coincido con el voto del Dr. Vázquez, en el sentido que corresponde en este caso emplear el método compositivo para la unificación de las penas. Por lo tanto, entiendo que resulta adecuado imponerle a Mauro Ismael Lemes la pena de nueve años y un mes de prisión, que lleva inherente

Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas

la aplicación de las accesorias legales previstas en el art. 12 del C.P. Por lo demás, atento al resultado del proceso, el imputado también deberá responder por las costas causídicas (art. 29, inc. 3, C.P.).

Por todo lo expuesto voto por: 1) Declarar la inconstitucionalidad del art. 189 bis (2), octavo párrafo -agravante por la condición de portador con antecedentes-, texto según ley 25.886. 2) Confirmar el punto II del auto en crisis, en cuanto condena a Mauro Ismael Lemes a la pena de dos años y nueve meses de prisión, por ser autor del delito de portación de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis (2), tercer párrafo del C.P., texto según ley 25.886). 3) Confirmar la pena única a la que fuera condenado Mauro Ismael Lemes en el punto III de la sentencia en crisis, con más la de accesoria y costas. 4) Confirmar la revocación de la libertad condicional y la declaración de reincidencia del mismo (puntos IV y V de la referida sentencia). 5) Confirmar el punto VII de la sentencia recurrida, en cuanto dispone proceder al decomiso del arma secuestrada en autos (art. 7 de la ley 25.938 y 23 del C.P.). 6) Tener presentes las reservas formuladas por la defensa de recurrir por vía de inconstitucionalidad y del caso federal.

Por todo lo expuesto, por mayoría, el Tribunal,

RESUELVE:

I. CONFIRMAR el punto I de la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia, obrante a fs. 390/410, en cuanto no hace lugar al planteo de nulidad de la detención de Mauro Ismael Lemes, solicitado por la defensa.

II. REVOCAR el punto VI de la sentencia recurrida, en cuanto declara la inconstitucionalidad de la agravante prevista en el art. 189 bis (2), último párrafo del Código Penal (texto según ley 25.886).

III. CONFIRMAR el punto II de la sentencia apelada, en cuanto condena a Mauro Ismael Lemes, cuyas demás condiciones obran en autos, modificándose en cuanto a la calificación legal del hecho, que se subsume en el delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización, agravada por registrar antecedentes dolosos contra las personas y por el uso de armas, y en cuanto a la pena impuesta, que se fija en cuatro años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 29 inc. 3, 45, 189 bis (2), últ. párr. del C.P. - texto según ley 25.886- y 530, 531 y 533 del CPPN).

IV. CONFIRMAR el punto III de la sentencia recurrida, en cuanto condena a Mauro Ismael Lemes a la pena única de nueve años y un mes de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la dictada precedentemente y de la pena

única de siete años de prisión, accesorias legales y costas, dictada el 7 de junio de 2002 por el Tribunal Oral de Menores n° 1 de esta ciudad en las causas nros. 1369 y 1435, a su vez comprensiva de la de seis años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, en orden a los delitos de robo agravado por su comisión en lugar poblado y en banda, robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa en concurso real con robo agravado por el uso de armas, impuesta en esa causa y de la sanción de un año de prisión en suspenso, -cuya condicionalidad se revocara-, impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 14 de esta ciudad, en la causa n° 1148, el 5 de junio de 2001, en orden al delito de robo en grado de tentativa (arts. 12, 29 inc. 3°, 42, 44, 45, 55, 58, 164, 166 inc. 2°, 167 inc. 2° y 189 bis (2) último párrafo del C.P.).

V. CONFIRMAR el punto IV de la sentencia recurrida, en cuanto revoca la libertad condicional concedida a Mauro Ismael Lemes el 23 de junio de 2004 por el titular del Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 2, en el legajo de ejecución n° 6487 que corre por cuerda (art. 15, C.P.).

VI. CONFIRMAR el punto V de la sentencia apelada, en cuanto declara reincidente a Mauro Ismael Lemes (art. 50, C.P.).

VII. CONFIRMAR el punto VII de la sentencia recurrida, en cuanto dispone proceder al decomiso del arma secuestrada en autos (art. 7 de la ley 25.938 y 23 del C.P.).

VIII. Tener presentes las reservas formuladas por la defensa de recurrir por vía de inconstitucionalidad y del caso federal.

Regístrese, notifíquese a las partes y oportunamente devuélvase al Juzgado en lo Contravencional y de Faltas n° 6.

Cámara de Apelaciones en
lo Contravencional y de Faltas